UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUIS PHILLIPE DE CAMPOS CORDEIRO

Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório

Ribeirão Preto

2018

LUIS PHILLIPE DE CAMPOS CORDEIRO

Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências, em sua versão corrigida.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

Ribeirão Preto

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C794c

Cordeiro, Luis Phillipe de Campos
Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório / Luis Phillipe de Campos Cordeiro; orientador Benedito Cerezzo Pereira Filho. -- Ribeirão Preto, 2018.
235 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

1. DELIBERAÇÃO. 2. PRECEDENTE. 3. JULGAMENTO COLEGIADO. 4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. I. Pereira Filho, Benedito Cerezzo, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos

Título: Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Cá e meus pais

AGRADECIMENTOS

Quem bem me conhece, sabe: sempre tive problemas com pronomes possessivos. Menos com sua existência, mais com seu emprego. Não foram as circunstâncias, mas o modo como busquei enxergá-las que permitiram que eu tivesse hoje claras minhas, tratemos assim, *preferências linguísticas*.

Prefiro *nós* a *eu* e é por isso que este trabalho, por mais que seja atribuído a mim, não é *meu*. O esforço epistemológico do qual a dissertação resulta contou com uma ação coletiva *própria* – leia a Quarta Parte, item III – e, assim como assumo meu metafórico problema com pronomes, confesso, posto que breve, meu débito com meus vários coautores.

Aqueles com quem dialoguei durante horas mesmo sem conhecê-los, através de suas obras, encontram na bibliografia meu instrumento de confissão de dívida e um sincero agradecimento pela dedicação à ciência jurídica.

Ao Prof. Benedito Cerezzo Pereira Filho, amigo e orientador, agradeço não só pela confiança, mas por toda a atenção e gentileza na contribuição com seus conhecimentos, tornando possível a realização deste trabalho.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, agradeço, na pessoa do Prof. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, por todas as lições nestes dois anos; aos funcionários, gostaria de registrar minha gratidão, na pessoa da Vânia Prudêncio, por toda a presteza e diligência com que sempre me trataram.

À minha família, meu profundo agradecimento e infinita estima pelo carinho, amor, compreensão nos períodos de ausência e incentivo diante das adversidades durante esta jornada.

Aos meus amigos de Minas Gerais, São Paulo e Brasília, muito obrigado pelos momentos que marcam uma vida; ao Maurício, Jhonatta, Caio, Gustavo e Vitor, devo agradecer, em especial, simplesmente por serem quem são e pelo que sabidamente significam.

À Camila, companheira inigualável e sempre primeira leitora, minha gratidão por absolutamente tudo – por todo amor e contribuição dedicados, pelo que ainda haveremos de colher pela vida e, por que não, também pela revisão sempre interessada dos rascunhos, mesmo em horários absolutamente inconstitucionais...

O controle de constitucionalidade não é simplesmente a submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária.

Jeremy Webber[1]

[1] *"Judicial review is not simply about laws enacted and then subjected to the guillotine of judicial nullification"* (WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada [and elsewhere]. *Australian Journal of Human Rights*, v. 9, n. 1. 2003. p. 138).

RESUMO

CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos. **Cortes Supremas como instituições deliberativas**: da prática decisória ao precedente obrigatório. 2018. 235p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

Por que a um grupo de indivíduos não eleitos é dado derrubar uma decisão política tomada pela maioria dos representantes do povo? Para justificar o papel contramajoritário de juízes e cortes, vários arranjos têm sido propostos ao longo de um debate ainda em curso na teoria constitucional. Autores como John Rawls e Ronald Dworkin sustentaram uma qualidade deliberativa do processo decisório judicial – magistrados, especialmente os das Cortes Supremas, teriam destreza e motivação institucional para apresentar argumentos mais apropriados sobre o significado da constituição e cartas de direitos. Críticos negam que a deliberação judicial seja um paradigma de razão pública e, especialmente no Brasil, afirmam que o órgão de cúpula do Judiciário possui um modelo decisório não-dialógico. Neste trabalho, portanto, o desempenho deliberativo interno do Supremo Tribunal Federal (STF) é investigado através de um modelo de análise denominado Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI). Os dados colhidos indicam que, apesar da existência de interação entre os membros do colegiado, a decisão final não valoriza os potenciais ganhos deliberativos da sessão de julgamento, tornando a prática decisória da Corte o que a dissertação chama de ação coletiva *figurativa* – quando, apesar de existir um momento de aparente de deliberação entre os membros, aquilo que faz o colegiado apresenta um produto de algo que os membros individuais fazem sozinhos, ou seja, daquilo que fazem sem pensar que estão agindo *enquanto grupo*. Sem *rationes decidendi* que expressem a opinião da Corte como um todo, prejudica-se a formação de precedentes e, consequentemente, a construção de uma jurisprudência constitucional íntegra, estável e coerente.

Palavras-chave: Deliberação. Julgamento colegiado. Supremo Tribunal Federal (STF). Controle de constitucionalidade. Precedentes. Decisão judicial.

ABSTRACT

CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos. **Supreme Courts as deliberative institutions**: from decision-making process to binding precedent. 2018. 235p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

Why can a group of unelected individuals overturn a political decision taken by the majority of the people's representatives? To justify the countermajoritarian role of judges and courts, a lot of possibilities have been proposed throughout a debate that still occurring in constitutional theory. Authors such as John Rawls and Ronald Dworkin sustained a deliberative potential of judicial decision-making – judges, especially Supreme Court Justices, would have the skills and institutional motivation to present more appropriate arguments about the meaning of the constitution and charters of rights. Critics deny that judicial deliberation is a paradigm of public reason and, especially in Brazil, argue that the Supreme Federal Tribunal (STF) has a non-dialogical decision-making model. In this paper, the internal deliberative performance of STF is investigated through an analysis model called Intrainstitutional Deliberativity Scale (IDS). The results indicate that, despite the existence of interaction between the members of the collegiate, the final decision doesn't value the potential deliberative gains of the plenary session, making the decision model of the Court what we call collective figurative action – when, despite there is a moment of apparent deliberation among the members, what the collegial does presents a product that individual members do alone, i. e., what they do without thinking that they are acting as a group. Without common *rationes decidendi*, the Court undermines the precedential value of a case and, consequently, the construction of the jurisprudential integrity and authority.

Keywords: Deliberation. Collegiality. Supreme Federal Tribunal of Brazil. Judicial review. Precedents. Judicial decision-making.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Relação antagônica entre as hipóteses levantadas para testagem empírica 100
Figura 2: Classificação na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI) 109
Figura 3: Interações apuradas 183
Figura 4: Relação entre as interações e a forma como votam os deliberadores 185
Figura 5: Classificações dos votos e das sessões segundo o grau deliberativo 186

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Fases e tarefas deliberativas 86
Tabela 2: Universo de análise 103
Tabela 3: Conceitos adotados na classificação qualitativa de dados 106
Tabela 4: Categorias de classificação dos votos ou manifestações dos Ministros 108
Tabela 5: Classificação geral por Ministro 184

Sumário

Introdução 21

Primeira Parte

Conceitos: o que é a deliberação e qual seu valor para juízes e cortes em democracia?

Introdução 26

I. A democracia com condições de qualidade 28

II. O que é isto – a deliberação? 33

III. O valor da deliberação na tomada de decisões políticas legítimas 37

IV. Antessala do próximo capítulo: até onde deve chegar o propósito deliberativo? 49

Segunda Parte

Problemas: entre deliberação e agregação, consenso e maioria

Introdução 53

I. A qualidade deliberativa de juízes e cortes 56

II. Deliberação e agregação, consenso e maioria: o problema do julgamento colegiado 73

III. Processo decisório e performance deliberativa 84

IV. Anotações provisórias: antessala do próximo capítulo 90

Terceira Parte

Caminhos: O Supremo Tribunal Federal, esse desconhecido, revisitado

Introdução 93

I. Nota metodológica 95

II. A Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI) – um modelo analítico possível? 104

III. A sessão de julgamento como sessão deliberativa: um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal 110

III.1 Corte Cármen Lúcia (2016-2018) – ADI 4.983 110

III.2 Corte Ricardo Lewandowski (2014-2016) – ADI 4.815 122

III.3 Corte Joaquim Barbosa (2012-2014) – ADI 4.543 133

III.4 Corte Carlos Ayres Britto (2012) – ADPF 186 139

III.5 Corte Cezar Peluso (2010-2012) – ADPF 54 149

III.6 Corte Gilmar Mendes (2008-2010) – ADI 3.510 163

IV. "É como voto, Presidente": resultados a partir dos dados colhidos 182

Quarta Parte

Processo decisório, prática deliberativa e o precedente: causa e efeito?

Introdução 192

I. A função contemporânea das Cortes Supremas e a tutela dos direitos 192

II. Unidade institucional *versus* fragmentarismo na formação do precedente 201

III. Ação coletiva *figurativa* e ação coletiva *própria*: perspectivas e desafios 213

Conclusão 220

Bibliografia 223

Introdução

Este é um trabalho que trata da qualidade deliberativa de juízes e cortes. Sob a ótica do processo de formação de precedentes no Brasil, o objetivo é entender melhor o porquê da atribuição dessa característica distintiva ao Poder Judiciário, oferecendo um modelo analítico que permita captar a forma como ela se realiza na prática decisória dos tribunais. No entanto, o objeto de investigação está ligado a uma discussão consideravelmente mais ampla: há um debate ainda em curso na teoria constitucional sobre a legitimidade democrática da revisão judicial, isto é, a possibilidade de agentes não eleitos declararem a invalidade de uma lei aprovada por representantes votados pelo povo.[2] Legislativo e Judiciário disputam a última palavra sobre o sentido do texto constitucional. Com graus variados de refinamento, diversas soluções para essa controvérsia foram oferecidas ao longo do tempo. É possível perceber que todas elas passam, em maior ou menor escala, por uma certa tensão entre a democracia e o constitucionalismo.

Existe uma caricatura convencional que ilustra bem esse quadro. Resumidamente, ela pode ser descrita da seguinte maneira: o parlamento é o *locus* por excelência do ideal democrático, enquanto o constitucionalismo se vale de juízes e cortes para implementar e garantir as constituições e demais direitos assegurados em lei.[3] Se um sistema político busca combinar ambos os ideais, será hibridamente designado *democracia constitucional*. Embora haja variações de desenho e intenção, as democracias constitucionais compartilham alguns denominadores comuns: quase todas têm uma constituição escrita, cujos termos naturalmente

[2] Revisão judicial ou *judicial review*, entre nós, também pode ser chamado de controle de constitucionalidade – é o poder qualificado que juízes e cortes possuem de declarar inválida uma norma que não está de acordo com a Constituição.

[3] Dito de outro modo, é possível ilustrar essa suposição em dois domínios distintos: o domínio da política e o domínio dos direitos. A representação de Larry Kramer sintetiza melhor essa díade: "We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics" (KRAMER, Larry D. *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 7). Para outras representações, veja Michelman e Leonard: MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. pp. 5-11; LEONARD, Gerald. *The invention of party politics*: federalism, popular sovereignty, and constitutional development in Jacksonian Illinois. Chapel Hill: The Univeristy of North Carolina Press, 2002. p. 15).

não têm significado unívoco, um poder representativo legislativo e uma corte constitucional que realiza o controle de constitucionalidade das leis.[4]

Embora as constituições tenham sido amplamente aceitas desde o século XIX, transcorreram quase duzentos anos até que a adjudicação constitucional ganhasse reconhecimento mundial – durante muito tempo, os norte-americanos permaneceram sozinhos submetendo a tomada de decisão democrática – as leis – à revisão judicial.[5-6-7] A maioria dos países adotou esse modelo apenas na segunda metade do século XX; foi necessária, antes, a experiência com as ditaduras da época e seu desdém com os direitos humanos para que as portas fossem abertas à jurisdição constitucional, deixando de lado antigas reservas.[8-9]

As reservas que se tinha à jurisdição constitucional foram mudando de feição ao longo do tempo. No século XIX, a razão para sua rejeição fora a alegada incompatibilidade com o princípio da soberania monárquica que governou a maioria dos estados europeus naquele período. Com o colapso da monarquia no primeiro pós-guerra, a soberania popular emergida, por exemplo, na França, considerou a adjudicação constitucional em contradição com a democracia. Sob duro ataque da classe política, incomodada com a interferência em suas atividades, as cortes constitucionais passaram a ser seriamente contestadas – o principal argumento era de que o parlamento, enquanto representante maior do povo, não deveria se submeter a controle externo. Desde então, um dos maiores problemas das democracias

---

[4] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

[5] Não é o objetivo aqui avançar sobre o *judicial review*, sua origem e evolução. Uma boa discussão sobre o desenvolvimento dessa ideia nos Estados Unidos pode ser encontrada em WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Suffolk University Law Review*, v. 56, n. 3, 1999, pp. 787-810.

[6] Para um panorama histórico sobre a evolução do reconhecimento mundial da adjudicação constitucional, veja TATE, Chester Neal; VALLINDER, Töbjorn (Eds.). *The global expansion of judicial review*. New York: New York University Press, 1995. pp. 13 e seguintes.

[7] O termo *constituição* será assim empregado – utilizando a letra inicial minúscula – quando não possuir referência específica. Quando for usado o termo *Constituição*, com o emprego da letra inicial maiúscula, a referência será à Constituição da República Federativa do Brasil, a não ser que se designe outro gentílico.

[8] GRIMM, Dieter. Constitutional adjucation and democracy. *Israel Law Review*, v. 33, n. 2, 1999. pp. 193-195; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. pp. 21-24.

[9] Grimm relata que no século XIX apenas a Suíça possuía uma Suprema Corte com jurisdição no campo do direito constitucional, e, ainda assim, não incluía a revisão da legislação federal. Antes da segunda metade do século XX, sob forte influência de Kelsen – mas não sem a resistência de Schmitt –, somente a Áustria, em 1920, havia estabelecido uma corte constitucional com o poder de rever atos do legislativo. Alemanha e Itália estabeleceram as cortes em suas constituições do pós-guerra. Espanha e Portugal o fizeram após suas respectivas revoluções. Com o declínio dos regimes comunistas, os ex-membros da União Soviética e da aliança oriental também incorporaram as cortes constitucionais ao seu ordenamento jurídico, o mesmo ocorrendo com o leste asiático e a America Latina após o colapso do regime militar, e também na África, especialmente a África do Sul, após o fim do *apartheid* (GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*: past, presente, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 213-214).

constitucionais tem sido balancear a resistência existente entre defensores dos parlamentos e defensores das cortes.[10]

Bickel chamou de *dificuldade contramajoritária* o fato de a legitimidade e a autoridade das cortes constitucionais e da revisão judicial serem frequentemente questionados pelos demais agentes.[11] Como se percebe, a relação entre a democracia e a jurisdição constitucional tem sido precária e sujeita a um acalorado debate. É neste contexto que surge a qualidade deliberativa atribuída aos juízes e, em especial, às cortes constitucionais. Na tentativa de mostrar que não há uma contradição entre a adjudicação constitucional e a democracia, afirma-se, dentre outros argumentos, que juízes e cortes vão além de tornar públicas as suas razões – o debate deliberativo e fundamentado que há no fórum judicial seria capaz de produzir decisões qualitativamente superiores se comparadas ao método agregativo de preferências utilizado em outras arenas, permitindo alcançar boas respostas no exercício de interpretação do sentido da constituição.[12] É aqui onde a dissertação se situa.

Os críticos objetam que a suposta característica deliberativa de juízes e cortes é antidemocrática e elitista. Além disso, opõem que, na prática, a performance deliberativa judicial tende a ser baixa. O trabalho explora essa discussão e busca aprofundar na crítica formulada, dispensando especial atenção ao nosso contexto. A partir do processo decisório em ações do controle concentrado de constitucionalidade, a proposta é captar qual o desempenho deliberativo interno do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro – o Supremo Tribunal Federal (STF) –, sua relação com a legitimidade democrática da Corte e com a consequente aptidão para formar precedentes.

Há evidências de que o modelo decisório do Supremo Tribunal Federal não representa um paradigma de razão pública ou ação exemplar de deliberação, figurando o excesso de individualismo como principal fator refratário. A possível consequência: o prejuízo tanto da legitimidade democrática da Corte como de sua capacidade de desenvolver o direito por meio

---

[10] GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*: past, presente, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 213-214; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. pp. 21-24; JOHNSON, Nevil. Constitutionalism in Europe since 1945: reconstruction and reappraisal. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth; WHEATLEY, Steven C. *Constitutionalism and democracy*: transitions in the contemporary world. New York: Oxford University Press, 1993. pp. 26-45.

[11] BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.

[12] São vários os argumentos deduzidos a favor e contra juízes e cortes. Para uma visão ampla, veja WALUCHOW, Wil. *A common law theory of judicial review*: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; _____. Constitutions as living trees: an idiot defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. XVIII, n. 2, 2005. pp. 207-247; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

de precedentes. Em que medida isso pode ser concreto? Para testar essa afirmação, é preciso *(i)* investigar o conceito teórico de deliberação, deliberação interna, deliberação externa e seu valor positivo; *(ii)* estudar tanto as principais teorias que sustentam a legitimidade democrática de juízes e cortes a partir de seu desempenho deliberativo como as críticas relevantes existentes, notadamente para o Brasil; e *(iii)* analisar o desempenho deliberativo do STF a partir de casos concretos selecionados, realizando uma reflexão, à luz da sua função enquanto Corte Suprema, acerca dos resultados obtidos.

Para alçar seu objetivo, a dissertação está estruturada em quatro capítulos, planejados a partir de três níveis de análise: conceitos, problemas e caminhos. O primeiro capítulo está no nível conceitual. Seu papel é mostrar, primeiro, como o assunto *deliberação* voltou à discussão teórica política contemporânea e qual a sua relação com o ideal democrático aflorado nas teorias políticas hegemônicas do século XX, para, então, desenvolver o *conceito* de deliberação que o trabalho adota e buscar construir seu valor positivo na tomada de decisões políticas legítimas. Estabelece, ainda, a diferença entre o método decisório deliberativo e o método decisório agregativo, buscando referências e críticas principalmente no âmbito da ciência política. A primeira parte encerra concluindo que as promessas deliberativas são plausíveis, desejáveis e inclusive mais vantajosas se comparadas à regra da maioria pura. Antes, porém, questiona se e em que medida é possível expandir o modelo político de deliberação pública para a arena judicial.

A segunda parte encontra-se num nível de análise em que o objetivo é investigar *problemas*. Inicia dialogando com o final do primeiro capítulo, quando questiona a possibilidade de juízes e cortes conceberem um modelo deliberativo. Estabelece que, para responder à indagação, o primeiro passo é verificar os argumentos sob os quais se costuma defender as cortes como instituições deliberativas. Assim, a dissertação avança em aspectos particulares das teorias de John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Christopher Eisgruber, John Ferejohn e Pasquale Pasquino. Em seguida, expõe as principais objeções e problemas levantados contra essas concepções. São trabalhados os contra-argumentos de Jeremy Waldron, Virgílio Afonso da Silva, Conrado Hübner Mendes e Luiz Guilherme Marinoni, de modo que essas críticas, chamadas de *o problema do julgamento colegiado*, também passam a integrar a agenda de investigação. O capítulo encerra concluindo pela necessidade de verificação prática da verossimilhança das críticas.

O terceiro nível analítico – *caminhos* – engloba tanto a terceira como a quarta parte da dissertação e há um motivo para que seja assim. Para visualizar saídas, é imprescindível ter noção do contexto. O terceiro capítulo, portanto, nada mais é do que um diagnóstico empírico

de uma parte problemática específica da realidade do nosso país. Duas hipóteses, logicamente excludentes, são levantadas para testagem. Se uma revelar-se válida, a outra, automaticamente, restará refutada. A primeira hipótese seria a de que o Supremo Tribunal Federal possui grau forte de deliberatividade interna, o que aumenta a qualidade de seu processo decisório e, consequentemente, sua legitimidade democrática e aptidão para formar precedentes. A segunda hipótese afirma que o Supremo Tribunal Federal possui grau fraco de deliberatividade interna, o que compromete a qualidade de seu processo decisório e, consequentemente, sua legitimidade democrática e aptidão para formar precedentes. Para testá-las, a dissertação oferece um modelo analítico que chama de Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI). O modelo é aplicado a um dado universo de análise, produzindo resultados que, ao final, são discutidos criticamente. A última parte é dedicada à descrição deste cenário e, de forma ensaística, reflete algumas propostas de intervenção.

Tecnicamente, o trabalho é interdisciplinar; possui uma vertente jurídico-sociológica, com emprego de raciocínio indutivo e dedutivo e estratégia metodológica dupla, variável segundo a natureza da investigação. Sob esse aspecto, está subdividida em dois grandes blocos: um primeiro, que vai da primeira parte à primeira metade da terceira parte, de natureza jurídico-exploratória, onde se emprega a técnica de revisão bibliográfica; e um segundo bloco, da segunda metade da terceira parte em diante, no qual se aplica a técnica de análise quantitativa e qualitativa de conteúdo e dados documentais.[13]

[13] GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 39-52.

PRIMEIRA PARTE

Conceitos: o que é a deliberação e qual seu valor para juízes e cortes em democracia?

Lee Sarokin acabara de ser promovido ao Terceiro Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos (*Third Circuit Court of Appeals*) e, em alguns dias, além de ocupar uma sala no imponente prédio n.º 601 da *Market Street*, conhecida via da populosa Filadélfia, Estado da Pensilvânia, passaria a ter jurisdição de apelação sobre juízes das cortes distritais de Delaware, Nova Jérsei, Pensilvânia e Ilhas Virgens. Na cerimônia de posse, uma colega já aposentada por aquela mesma Corte, Presidente Dolores Sloviter, disse o seguinte sobre as cortes de apelação: "Nós não podemos trabalhar senão como uma equipe." Em seu discurso, a juíza Sloviter sintetizara com precisão a essência de um processo de tomada de decisão deliberativo.[14-15]

Posto que breve, na introdução da dissertação fora mencionado o conhecido embate na teoria constitucional envolvendo a legitimidade democrática de juízes e cortes. No contexto daquela discussão mais ampla, ajustamos nossas lentes para enfocar um argumento específico dentre os vários existentes em defesa do Judiciário: a sua qualidade deliberativa. Sendo este o grande tema por trás da dissertação, sua compreensão não pode passar ao largo do vocabulário conceitual que o sustenta: a deliberação.

Portanto, a tarefa deste primeiro capítulo está em dar um passo atrás para colocar às claras o que quis dizer Dolores Sloviter na cerimônia de posse de Lee Sarokin: será desenvolvido o que pode ser entendido como deliberação e, se há, qual seu valor positivo a ser

[14] O relato do fato é de Nygaard: "At the robing ceremony of Judge Lee Sarokin, a former colleague on the Third Circuit Court of Appeals, Chief Judge Sloviter said of courts of appeals, 'We cannot work except as a team.'" (NYGAARD, Richard Lowell. The maligned per curiam: a fresh look at an old colleague. *The Scribes Journal of Legal Writing*, v. 5, writing 41, 1994-1995. p. 41).

[15] As Cortes de Apelação na *common law* estadunidense são tribunais federais, cuja competência recursal é, basicamente, rever as decisões de juízes federais de primeiro grau. Analogicamente, funcionam de modo similar aos nossos tribunais de segundo grau (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e, ao todo, há treze Cortes de Apelação organizadas em doze circuitos regionais, cada um dos quais contendo uma Corte. Segundo Farnsworth, as regiões são chamadas *circuitos* porque outrora os juízes viajavam "em circuito" para prestarem a tutela jurisdicional (FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States* [1928]. Edited by Steve Sheppard – 4th ed. – Oxford: Oxford University Press, 2010. Chapter Four: The judicial system, pp. 43 e seguintes).

considerado num regime democrático a ponto de torná-la um critério relevante na justificação da legitimidade da atividade judicante.

Logo de saída, um recorte temporal: estamos no século XX, segundo pós-guerra. A ciência política, principalmente a partir da década de 1950, passara a enxergar na disseminação e no aprofundamento do regime democrático evidência de progresso político e moral. Se hoje a democracia põe-se quase que *inegociável* no mundo inteiro, para usar a expressão de Shapiro, é porque a primeira metade do século XX foi um momento de hostilidade e crise aguda desse ideal.

No segundo pós-guerra, o ceticismo que havia no início do século em relação à democracia foi traduzido num consenso histórico: o regime antes duvidoso se consolidara como o único aceitável por todos; ao mesmo tempo, fez estreitar tanto uma teoria da soberania popular como uma teoria da formação da racionalidade através do discurso público.[16] A democracia, nas palavras de Hübner Mendes, se impôs como o *esperanto político* do século XX, uma espécie de empreendimento universal. Os teóricos voltaram sua atenção à tentativa de compreendê-la – a ciência queria aprofundar-se na língua franca que todos os regimes, apesar de suas diferenças, procuravam falar.[17-18]

Tal estímulo gerou uma série de estudos preocupados em diagnosticar *(i)* o que levava uma comunidade política a caminhar para a democracia; *(ii)* quais as causas que a protegiam e a conservavam; e *(iii)* o que a levava à degradação e ao rompimento.[19] O contexto dessas investigações, que ainda perduram, acerca da transição de um regime autoritário para a democracia, a consolidação do regime democrático e o movimento inverso – democracia-*autoritarismo* – necessita de um contorno um pouco mais preciso, pois auxiliará a compreender o conceito de deliberação que sustenta todo o trabalho. É este nosso próximo passo.

---

[16] AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 11.

[17] MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

[18] Shapiro afirma que mesmo governantes autoritários raramente rejeitam a democracia. Eles costumam argumentar, normalmente, que seu povo não está pronto para a democracia "ainda" (SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003. p. 1).

[19] MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

I

A DEMOCRACIA COM CONDIÇÕES DE QUALIDADE

É comum referir aos recentes processos de democratização como *ondas*.[20] Foi durante a chamada *terceira onda* de democratização, no final dos anos oitenta, que quase todos os países da América Latina e um grande número na África e Ásia se tornaram democracias consolidadas. Num sentido transicional, tal regime havia sido amplamente aceito como o único possível – ou, na expressão que ficara famosa, *the only game in town*.[21-22] Transição, conforme O'Donnell e Schmitter, é o intervalo entre um regime político e outro.[23] Essa noção remete à ideia de processo, do estabelecimento de marcos temporais; e assim conduz à pergunta: como avaliar, em específico, se um regime é ou não democrático? As primeiras pesquisas conduzidas estabeleceram, assim, alguns padrões mínimos para verificar, antes de tudo, se um determinado regime político poderia ou não ser chamado de democracia.

Dentre os requisitos mínimos estavam, por exemplo, o sufrágio universal, as eleições livres, periódicas, competitivas e justas, a existência de mais de um partido político sério e fontes alternativas de informação.[24-25] Sem isso, um regime não poderia ser considerado democrático. Não tardou para perceber que apenas o estabelecimento de um padrão minimalista era insuficiente para solucionar as disfuncionalidades evidentes que insistiam em

---

[20] O conceito de *ondas de democratização* envolve a ideia de que a democracia, ao longo do século XX, espalhou-se pelo mundo em três ondas, cada uma possuindo essencialmente as mesmas características: a democratização na Europa Central e Oriental no rescaldo da Primeira Guerra Mundial; a democratização na Alemanha, Itália e Japão após a Segunda Guerra Mundial e a democratização na America Látina e na Europa Oriental no final dos anos 1980 (AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 11). Já o processo de *constitucionalização*, isto é, o processo de elaboração das constituições, começa a ocorrer desde o século XVIII até o presente; é possível encontrar em Elster, por exemplo, pelo menos sete ondas de constitucionalização. Veja ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Review*, v. 45, 1995. pp. 364-396.

[21] Para uma visão completa sobre a chamada *terceira onda* de democratização, consulte HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave*: democratization in the late twentieth century. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

[22] "Democracy becomes *the only game in town* when all actors in the polity become habituated to the fact that political conflict within the state will be resolved according to established norms" (LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996. p. 15).

[23] Segundo os autores, as transições são delimitadas "[...] on the one side, by the lauching of the process of dissolution of an authoritarian regime and, on the other, by the installation of some form of democracy, the return to some form of authoritarian rule, or the emergence of a revolutionary alternative. It is characteristic of the transition that during it the rules of the political game are not defined" (O'DONNELL, Guillermo A.; SCHMITTER, Philippe C. *Transitions from authoritarian rule*: tentative conclusions about uncertain democracies. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986. p. 6).

[24] DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, 2004. pp. 20-23.

[25] Essa é apenas uma das várias combinações possíveis. Míriade de fontes e possibilidades pode ser encontrada em DAHL, Robert A. *Polyarchy*: participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

existir. Os sistemas políticos em muitos daqueles países democratizados na terceira onda continuavam enfrentando graves problemas em lidar adequadamente com os desafios sociais e econômicos. Isso causou perplexidade. Com efeito, as últimas décadas puderam testemunhar uma explosão de estudos menos emborcados, herméticos, e mais qualitativos – foram desenvolvidos parâmetros para aferir boas ou más democracias, fazendo com que a pergunta *isto pode ser considerado uma democracia?* fosse substituída por *quão bom é esse regime enquanto um regime democrático?*

De um modo abrangente, as investigações buscavam explicar a ineficácia governamental relacionando-a a diversos aspectos: ora concernentes à capacidade estatal, como força institucional, expertise técnica e qualidade do serviço civil, ora ligados ao papel político das instituições, especialmente o Executivo e o Legislativo, e aos modos de intermediação política entre elas e a população em geral. Como diagnóstico, o clientelismo provava estar vivo; e mais: que ainda funcionava.[26] Para combatê-lo, uma boa democracia deveria conceder aos seus cidadãos ampla liberdade, igualdade política e possibilitar o controle sobre as políticas públicas e seus criadores por meio do funcionamento legítimo e lícito de instituições estáveis.[27] Com base nesses critérios, Diamond e Morlino apontaram ao menos oito dimensões avaliativas nas quais as democracias poderiam variar em qualidade: *rule of law*; participação; competição; *accountability* horizontal; *accountability* vertical; garantia e respeito às liberdades civis e políticas; fomento progressivo de igualdade política, econômica e social; e responsividade.[28]

Assim, o panorama geral apontava que conhecimento produzido sobre as democracias havia deixado de lado as causas de transição de regimes políticos e o processo de respectiva consolidação para explorar a *qualidade* desses novos governos. Segundo Dahl, a democracia passara a envolver um conjunto de objetivos e metas a serem maximizados, estabelecendo uma conexão entre a qualidade da democracia e o processo de formação de opinião entre as

---

[26] BRUN, Diego Abente. Evaluating political clientelism. In: BRUN, Diego Abente; DIAMOND, Larry (Eds.). *Clientelism, social policy and the quality of democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2014. pp. 1-3.

[27] Uma descrição contundente sobre a democracia e sua bibliografia não cabe nesse espaço, pois acabaria desvirtuando por completo o objetivo desta etapa. Para um panorama amplo do tema, inclusive quanto à diferença entre a democracia dos modernos e a dos antigos, cf. SARTORI, Giovanni. *The theory of democracy revisited*. Chatham, N. J.: Chatham House Publishers, 1987. pp. 278 e seguintes.

[28] Com esses requisitos satisfeitos, os cidadãos teriam asseguradas suas expectativas em três níveis: *(i)* de governança, entendida como qualidade de resultados (*quality results*); *(ii)* de liberdade e igualdade política, entendidas como qualidade de conteúdo (*quality of content*); e *(iii)* de garantia de julgamento de desempenho pela população, por meio de mecanismos como as eleições, entendida como qualidade procedimental (*procedural quality*) (DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, 2004. p. 23).

massas.[29] Quando se considera elementos aceitando que podem ser maximizados, é inegável que há, neste processo, medidas, e, por consequência, desempenho, cuja variação se dará conforme a distância ou a proximidade em relação aos parâmetros pré-estabelecidos. Daí poder falar-se, então, seguindo o nosso exemplo sobre a democracia, em *performance* ou *desempenho democrático*.

Benhabib aponta que as sociedades democráticas modernas complexas, depois da Segunda Guerra Mundial, defrontaram-se com a tarefa de assegurar três bens públicos: a legitimidade, o bem-estar econômico e um sentimento viável de identidade coletiva. A elevação desses elementos ao status de *bens* significa que sua realização era considerada valiosa e desejável pela maioria dos membros destas sociedades. Não realizá-los, individual ou conjuntamente, causaria, em seu funcionamento, uma ruptura tal que as lançaria numa crise. De outro lado, a realização excessiva de qualquer desses bens poderia colocá-los em conflito uns com os outros, ensejando a mesma situação de risco.[30-31]

O ponto de Benhabib pode ser lido da seguinte maneira: as barbáries do autoritarismo estabeleceram certos objetivos ao jogo democrático, e há um esforço sociopolítico conjunto para que tais objetivos sejam alcançados. Enquanto parâmetro, o esforço mais ou menos exitoso das sociedades modernas em regime de democracia para fazer funcionar adequadamente as demandas desses três bens implicará sua *performance democrática*.[32] Essa ideia de performance nos é fundamental porque a deliberação se insere como medida de desempenho exatamente nesse cenário político avaliativo: a teoria democrática contemporânea, ao discutir questões como a importância e os objetivos do regime, acaba gerando uma profusão de teóricas políticas que têm a deliberação como conceito central para compreender e explicar toda a dinâmica dos conflitos, a complexidade dos fenômenos sociais e a formação de acordos políticos em sociedades plurais.

Entre a legitimidade, o bem-estar econômico e o sentimento identitário como bens, a ideia de deliberação está ligada mais fortemente ao primeiro – nas sociedades democráticas complexas, a legitimidade deve ser concebida como o resultado de uma deliberação livre e

---

[29] DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956. p. 70.

[30] BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. pp. 67-68.

[31] Sobre estudos de qualidade e desempenho, Brusis e Thiery realizaram um exame sobre o possível impacto que escolhas e desenhos institucionais reformistas podem causar em padrões democráticos tidos como falhos ou em crise. Cf. BRUSIS, Martin; THIERY, Peter. Defects of democracy and options for institutional reform, *Strategic Insights*, v. 6, n. 12, dez. 2005.

[32] Para exemplos de avaliações qualitativas de regimes democráticos, veja BEETHAM, David. Towards a universal framework for democracy assessment, *Democratization*, v. 11, n. 2, 2004.

não constrangida de todos em torno das questões de preocupação comum. Essa ideia, presente em Benhabib, considera que a esfera pública de deliberação acerca das questões de preocupação mútua é essencial para a legitimidade das instituições democráticas. Trata-se de uma concepção de democracia que privilegia um modelo deliberativo em face de outros tipos de consideração normativa.[33] Mas essa noção, por ora, até aqui é suficiente. Não é momento ainda de avançar nesse ponto.

Recapitulemos o contexto dos estudos do segundo pós-guerra. Fosse de primeira, segunda ou terceira onda, o desenvolvimento civilizatório precisava de marcha: a renovação da democracia exigia *condições de qualidade*.[34] Do elitismo democrático à escolha racional, as teorias hegemônicas do século XX concordavam com a ideia de que o poder político deveria ser organizado por meio de instituições capazes de articular os interesses privados de indivíduos ou de grupos com o bem comum ou interesse geral da sociedade.[35] Não necessariamente as decisões coletivas têm de adotar o modelo deliberativo. Há, segundo Elster, pelo menos três maneiras distintas capazes de instrumentalizar a apuração de preferências de um grupo: discutindo, barganhando (negociando) ou votando. Pode-se chegar à decisão final utilizando apenas um desses métodos, combinando dois deles ou usando-os todos de uma só vez. Discussão e barganha são formas de comunicação, isto é, são atos de fala; a votação, não.[36]

Essa tricotomia tem relação íntima com outra. Em um processo decisório conjunto, as preferências dos membros estão sujeitas a três operações: agregação, transformação e tergiversação. A votação, tal como em Elster, significa agregação de preferências. A decisão

---

[33] BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 68.

[34] O emprego da palavra renovação tem o propósito objetivo de afastar do leitor a impressão de que "desenvolver a democracia" seria algo novo. Pelo contrário: a ideia de democracia e sua implementação prática remonta, pelo menos, à democracia ateniense, século V a.C.

[35] O elitismo democrático, segundo Avritzer, opera com a redução do conceito de soberania ao processo eleitoral e a justificação da racionalidade política enquanto decorrente da presença de elites políticas ao nível de governo. Inicia-se em Weber (WEBER, Max. Politics as a vocation [1919]. In: GERTH, H; MILLS, C. Wright. *From Max Weber*. New York: Free Press, 1946); atinge seu ápice em Schumpeter (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper, 1942); e, hoje, tem como principais representantes Anthony Downs, Giovanni Sartori e Norberto Bobbio (AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002. pp. 16 e seguintes). Já a teoria da escolha racional supõe que as escolhas feitas pelos agentes, que estão interessados na maximização da riqueza, de votos, ou de outras dimensões mais ou menos mensuráveis em termos de quantidades, sujeitam-se a constrangimentos de recursos materiais; assim, essas escolhas devem ser explicadas em termos da variabilidade dos constrangimentos enfrentados por eles (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The rational choice theory in the political science: concepts of rationality on political theories. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2001, vol. 16, n. 45, pp. 5-24).

[36] ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 4-5.

final será obtida pela soma dos votos individuais dos participantes de um grupo. A barganha, nesse ponto, pode ser visualizada numa troca de votos, por exemplo. Já o objetivo manifesto da deliberação seria a transformação de preferências.[37] Chegamos a um ponto que interessa à dissertação, porque evidencia algumas diferenças fundamentais entre agregação e transformação, voto e deliberação. Aqui, deixando a barganha de lado, podemos retomar o argumento comparativo entre a deliberação e outras formas de decisão política que fora suspenso um pouco mais acima.

Como apontam Knight e Johnson, muitos teóricos políticos, sob diferentes perspectivas, criticaram arranjos institucionais democráticos que se apoiam, apenas, ou até preponderantemente, na agregação de votos enquanto mecanismo de decisão. A simples contagem de preferências (*counting of heads*) seria incapaz de resolver a insatisfação quanto aos problemas do público. Estes teóricos demonstraram preocupação com o método de agregação de interesses ou preferências individuais; a crítica comum seria a de que a agregação, de muitas maneiras, é inadequada para a tarefa de produzir resultados políticos normativamente vinculantes. Assim, a agregação necessitaria, quando menos, de reformulação. No limite, haveria uma necessidade de substitui-la por inteiro: a cessão integral do espaço à incorporação e promoção da deliberação democrática seria uma via atrativa.[38]

Ainda no século passado, foi John Dewey quem surgiu como uma das principais vozes críticas à agregação.[39] Para ele, apesar de a regra da maioria nunca ser meramente a regra da maioria, por envolver recursos como troca de ideias e discussão, ainda assim permaneceria absurda para fins normativos. O remédio não seria expandir ou melhorar o desenho institucional para a democracia agregativa, mas lançar mão desses esforços para aperfeiçoar e aumentar a deliberação democrática.[40] Dentre outras dificuldades, para Knight e Johnson, os arranjos agregativos estariam suscetíveis à influência externa de assimetrias sociais, culturais e econômicas arbitrárias, faltando-lhes recursos morais.[41] Além disso, William Riker apontara

---

[37] ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 5-8.

[38] KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy. *Political Theory*, v. 22, n. 2, 1994. p. 277.

[39] Outros autores tão críticos quanto importantes, apesar das variações de perspectiva, são Jane Mansbridge, Benjamin Barber e James Fishkin. Ver, respectivamente, MANSBRIDGE, Jane. *Beyond adversary democracy*. New York: Basic Books, 1980; BARBER, Benjamin. *Strong democracy*. Berkeley: University of California Press, 1984; FISHKIN, James. *Democracy and deliberation*. New Haven: Yale University Press, 1991.

[40] DEWEY, John. *The public and its problems*: an essay in political theory. Chicago: Gateway Books, 1946. pp. 144 e 207-208.

[41] KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy. *Political Theory*, v. 22, n. 2, 1994. p. 278. A expressão recursos morais é de Offe e Preuss (OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich. Democratic institutions and moral resources. In: HELD, David (Ed.). *Political theory today*. Stanford: Stanford University Press, 1991. pp. 143-171).

que tais arranjos seriam ambíguos e instáveis. Ambíguos porque seus resultados seriam artefatos de um processo de contagem, cujo padrão de discriminação, variável, violaria critérios de equidade e consistência ao não determinar claramente qual método representaria de forma mais apurada e vontade coletiva e popular; e instáveis pois, sob determinadas condições, os mecanismos de agregação gerariam ordenações sociais cíclicas ou intransitivas, sujeitando-se à manipulação via votação estratégica ou controle de agenda.[42]

A concepção deliberativa não despreza a importância das eleições periódicas, da regra da maioria e da divisão de poderes. Considera, porém, que os processos de tomada de decisão têm de estar arvorados na deliberação dos cidadãos, realizada publicamente. A ideia-chave para deliberativistas democráticos seria, portanto, a seguinte: a tomada de decisão não pode resultar de um processo mecânico de agregação de preferências pré-estabelecidas; antes, deve ser moldada publicamente mediante o uso da razão, da liberdade e da inclusividade, contexto no qual a deliberação tem centralidade.[43] Por que as pessoas deveriam argumentar antes de votar uma decisão que impacta a todos? Se é que há vantagem, o resultado da votação após deliberação é, de algum modo, melhor do que sem ela? Essa é uma discussão pendente, embora já tenha sido adiantado que a deliberação permite a transformação das preferências e interesses particulares em acordos políticos compartilháveis por todos os cidadãos. Entretanto, não podemos prosseguir sem, antes, deixar claro o que está sendo tratado como *deliberação*.

II

O QUE É ISTO – A DELIBERAÇÃO?

Deliberação é um termo plurissignificativo. Sua retomada recente, como foi visto, deveu-se à teoria democrática, para quem é um componente valioso no processo coletivo de tomada de decisão. John Rawls e Jürgen Habermas são apontados como dois dos principais articuladores desse ressurgimento. Retomaremos a discussão em Rawls adiante, com atenção especial à ideia de razão pública. Habermas, um dos principais responsáveis pela repercussão da ideia de uma política deliberativa, ocupou-se em boa medida de preocupações inerentes à realização desse padrão normativo exigente. Como seria possível viabilizar, institucionalmente, a deliberação racional sobre questões fundamentais entre os cidadãos? A

[42] RIKER, William. *Liberalism against populism*. San Francisco: Freeman, 1982. pp. 115-195; 236-238.
[43] WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 7.

concepção substantiva de bem comum não pode ser pressuposta da aceitação das normas vigente que regulam as relações entre as pessoas? Com o uso público e inclusivo da razão, a deliberação dos cidadãos resultará em soluções racionais para os conflitos políticos complexos e plurais?[44]

Quem defende a deliberação geralmente reivindica que, de um modo geral, ela medeia ou transforma os conflitos, em vez de meramente reduzi-los ou acomodá-los em caixas estanques de agregação de preferências. Assim como variam os elementos pró-deliberação, também divergem os conceitos sobre o quê, de fato, deve ser entendido como deliberação. Susan Stokes, por exemplo, a define como a transformação endógena de preferências resultante da comunicação. Já Diego Gambetta prefere a ideia de uma discussão através da qual os indivíduos falam e escutam consecutivamente antes de tomar uma decisão coletiva. Assim como Gambetta, James Fearon conserva uma ideia mais concreta de discussão.[45]

Joshua Cohen avança no conceito de discussão e aponta uma concepção mais ambiciosa de deliberação: trata-se da argumentação livre e pública entre iguais.[46] Ferejohn e Pasquino, por sua vez, sustentam que deliberação é a participação no processo de argumentação racional subjacente à atuação pública, o que significa estar aberto aos argumentos, isto é, voluntariamente disposto a alterar suas concepções, crenças e ações se, para tanto, forem oferecidas razões convincentes. Por intermédio da deliberação, as pessoas reconhecem e assumem novos motivos para agir, diferentes dos que eram compreendidos anteriormente. Para os autores, a deliberação também exige disposição para compartilhar a tentativa de se persuadir os outros com base na argumentação racional – e não na ameaça coercitiva ou mediante engano.[47]

---

[44] A teoria habermasiana é complexa e, considerando o sentido indicado pela subseção, não seria adequado desenvolvê-la inteiramente neste espaço. Entretanto, cabe dizer que uma das linhas principais de seu raciocínio compreende uma dimensão procedimental do Estado Democrático de Direito – só é possível exigir legitimidade as regulamentações que permitem contar com o assentimento de todos os possíveis envolvidos, considerados participantes em discursos racionais. No *rule of law*, as decisões de um governo, o funcionamento das instituições e a própria cultura política comum devem primar pelos processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião. Assim, uma política deliberativa, em Habermas, deve estar aberta ao leque mais amplo possível de questões da razão prática, envolvendo desde questões morais, éticas e pragmáticas. Consulte HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, em especial o sétimo capítulo; e HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

[45] STOKES, Susan C. Pathologies of deliberation. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 123-139; GAMBETTA, Diego. "Claro!": an essay on discursive machismo. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 19-43; FEARON, James. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 44-68.

[46] COHEN, Joshua. Democracy and liberty. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 185-231.

[47] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and*

Todos os conceitos, é possível notar, apesar das variações, guardam uma característica comum entre si: a possibilidade de transformação de preferências. A disposição que tem o agente decisório, no processo de construção do consenso, de persuadir e ser persuadido em relação à sua opinião e interesses é uma constante em todos os autores. Uma definição mais completa e capaz de amalgamar não apenas esse traço, mas também outros igualmente importantes na prática deliberativa, pode ser encontrada em Hübner Mendes. Por esse motivo, o conceito mendiniano de deliberação será adotado para os propósitos da dissertação: trata-se da prática respeitosa e inclusiva de argumentação conjunta realizada enquanto se busca, continuamente, soluções para demandas decisórias; uma prática que permite a formação de determinado posicionamento por meio da troca sincera de argumentos na busca do consenso, que, por sua vez, não necessariamente ocorrerá. [48] Aqueles que participam do processo deliberativo, antes de contar votos, estão abertos a transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos.

É possível extrair pelo menos sete aspectos objetivos dessa definição. Com efeito, um encontro, para ser deliberativo, deve: *(i)* pressupor a necessidade de tomar uma decisão que afetará diretamente os próprios deliberadores ou, indiretamente, pessoas que estão ausentes; *(ii)* não considerar a decisão tomada como o fim da linha, mas um ponto provisório de chegada a ser sucedido por novas rodadas deliberativas; *(iii)* ser uma prática de raciocínio conjunto e de justificação da sua posição para os demais colegas deliberadores; *(iv)* tratar de um raciocínio obtido através de um tipo particular de racionalidade, imparcial ou, pelo menos, compartilhável com o bem comum; *(v)* assumir que os deliberadores estão abertos a rever e transformar suas opiniões à luz de argumentos e que estão implicados numa "ética do consenso" ("*ethics of consensus*"); *(vi)* envolver um elemento ético de respeito; *(vii)* compreender um compromisso político inclusivo, empático e responsivo em relação a todos os pontos de vista.[49]

O espaço conceitual que o termo *deliberação* ocupa neste trabalho exige que desenvolvamos melhor alguns esses aspectos. Tomemos o primeiro como exemplo. Encontrando-se no campo da política, uma decisão deve possuir autoridade para comandar

---

West: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. pp. 21-24.

[48] Tradução livre. No original: "Deliberation features no less than a respectful and inclusive pratice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 14).

[49] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 14.

obediência. Uma decisão deliberativa que está inserida nesse contexto será, então, uma série de ações que um grupo ou comunidade política precisa selecionar para chegar a uma resposta. É uma escolha séria, pois enfrenta restrições temporais e de recursos que outros tipos de conversação ou questionamentos certamente não se preocupam. A decisão que será tomada impacta na vida dos deliberadores e, conforme as ações tomadas ao longo do percurso, também afetará a vida de outras pessoas fora do processo decisório. Essas são as circunstâncias inerentes ao aspecto (*i*).[50]

Quanto ao aspecto *(ii)*, o fato a ser considerado é o da continuidade – a deliberação política sobrevive a uma decisão e o debate pode ser reavivado através de novas rodadas de discussão. Não há, portanto, um ponto final capaz de arredar a provisoriedade inerente à deliberação. O aspecto *(iii)* é importante sobretudo porque traz consigo a ideia de que o mero ato de se reunir para tomar uma decisão não pode ser entendido como deliberação: esse é um exercício mais complexo, onde é preciso mostrar as razões pelas quais um determinado ponto merece a consideração de todos; trata-se de uma justificação mútua que franqueia o diálogo antes que a decisão coletiva seja tomada. Na deliberação, os participantes não apenas formulam e fundamentam suas razões, mas, depois, no próprio processo, articulam, juntos, combinações adequadas de suas razões que possam justificar a decisão alcançada.[51]

A seu turno, o aspecto *(iv)* acentua uma particularidade marcante da prática deliberativa: apesar de diferentes fontes poderem projetar para a discussão seus mais variados argumentos, nem todos eles – argumentos e fontes – são aceitáveis; o caráter coletivo presente no processo decisório deliberativo implica que apenas razões que todos os membros razoavelmente possam abraçar são compatíveis. Ou seja: interesses exclusivamente privados, que não podem ser traduzidos numa linguagem do bem comum estão excluídos. Mas não é só.

A discussão das razões apresentadas, acopláveis a uma noção plausível de bem comum, deve desencadear um engajamento interativo entre os deliberadores, que passam a tentar convencerem-se uns aos outros – este é o traço característico do aspecto *(v)*.[52] Neste aspecto, aliás, o esforço persuasivo considera que todos os participantes estão dispostos – ou, no mínimo, abertos – a ouvir e rever seus pontos de vista iniciais. Tem presente, ainda, uma ética do consenso subjacente à discussão – a ética do consenso é a motivação que anima o encontro deliberativo genuíno; não deve ser confundida de nenhuma maneira com uma

---

[50] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 15.
[51] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 15.
[52] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 16-17.

imposição do consenso, pois ele de fato é dispensável. Essa coerção não existe, pois a ética apenas visa o consenso; não o impõe. Assim, todos se esforçam em persuadir os demais porque há uma crença compartilhada sobre a possibilidade real de alcançar uma resposta melhor através desse processo, que faz valer a pena o esforço de obtê-la dialogicamente.[53]

O aspecto *(vi)* significa que a deliberação pressupõe uma atitude ética, baseada na presunção de que todos os indivíduos merecem ser tratados com igual consideração – tanto do ponto de vista hierárquico, isto é, de que nenhum deliberador possui status maior que outro participante, como do ponto de vista da moralidade política, que envolve inclusão, empatia e capacidade de resposta, presentes no aspecto *(vii)*. Esses elementos remetem à ideia de que, seja explícita ou implicitamente, o deliberador deve imaginar os pontos de vista daqueles que estão ausentes, mas se submeterão aos efeitos da decisão final; e então fará com que sejam incluídos e respondidos adequadamente, como se faz com os demais.[54]

Demais disso, a deliberação pode, finalmente, ser interna ou externa. John Ferejohn e Pasquale Pasquino definem a deliberação interna como o esforço persuasivo e argumentativo empregado no interior de um grupo com a intenção de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma certa direção; já a deliberação externa seria o emprego do mesmo esforço persuasivo e argumentativo para influenciar ações tomadas fora do grupo. Deliberação interna envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos de membros do próprio grupo. Deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos vindos de pessoas de fora do grupo.[55] Se com essas noções o quadro conceitual está agora completo, remanesce a discussão que foi deixada em aberto no final de primeira subseção. A pergunta é: por que deliberar?

III

O VALOR DA DELIBERAÇÃO NA TOMADA DE DECISÕES POLÍTICAS LEGÍTIMAS

---

[53] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 16-17.

[54] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 15. pp. 17-18.

[55] Tradução livre. No original: "We may distinguish two kinds of deliberative practices as 'internal' and 'external'. Internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action. External deliberation is the effort to use persuasion and reasoning to affect actions taken outside the group. Internal deliberation involves givind and listening reasons from others within the group. External deliberation involves the group, or its members, giving and listening to reasons coming from outside the group" (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, 2003. p. 1692).

A deliberação possui um valor positivo na legitimação de escolhas políticas. Este é o ponto que agora será trabalhado e que, mais adiante, buscará encontrar algo em comum com o processo decisório judicial. No que diz respeito à legitimidade, uma decisão política será tanto mais legítima quanto mais derivar da deliberação pública de cidadãos livres e iguais. Essa concepção deliberativa da democracia se apresenta como um ideal de justificação política, que aposta na autodeterminação de indivíduos livres e iguais através da argumentação na esfera pública. Como vimos páginas atrás, há pelo menos três bens cujas demandas devem ser realizadas pelas sociedades democráticas modernas. Por ora, o bem-estar econômico e a identidade coletiva serão afastados para permitir que possamos nos concentrar, especificamente, no bem da *legitimidade*.

O modelo democrático deliberativo, apesar das diferentes intenções, compartilha uma ideia central: para alcançar a legitimidade e máxima racionalidade nos processos de tomada de decisão coletiva no âmbito de uma comunidade política, as instituições devem formular arranjos para permitir que o interesse comum seja resultado de processos de deliberação envolvendo o público. Os indivíduos devem ser tratados de modo isonômico e ter suas liberdades garantidas e respeitadas, afinal.[56] Em Cohen, por exemplo, essa noção está presente na afirmação segundo a qual a ideia fundamental da legitimidade democrática é a de que a autorização para exercer o poder estatal deve surgir das decisões coletivas dos membros da sociedade sujeita ao governo desse mesmo poder. Assim, entre as várias formas de democracia, a realização dessa concepção depende de uma razão de pertença no povo e, correspondentemente, do que nela importa para que uma decisão seja coletiva – formulada pelos cidadãos *enquanto um corpo*.[57-58]

Um dos primeiros textos surgidos em defesa da deliberação política ampla e pública foi de Bernard Manin, no final dos anos 1980. Contrário à noção de vontade geral, regra da maioria ou vontade de todos, Manin defendeu que a perspectiva comum ao pensamento democrático fosse alterada: a fonte de legitimidade não seria a vontade predeterminada dos

---

[56] BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 68.

[57] COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. pp. 95-96.

[58] Em outro texto, Cohen expressa o mesmo pano de fundo no desejo de que cidadãos iguais, ao associarem-se democraticamente, discutem razões e argumentos públicos para justificar suas preferências quanto aos termos e condições da associação. Eles estão comprometidos a solucionar os problemas de interesse comum em fórum público, e considerarão suas instituições básicas como legítimas na proporção em que proporcionem a estrutura para a deliberação pública livre (COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 72).

indivíduos, mas antes o processo de sua formação, ou seja, a própria deliberação. A liberdade do indivíduo, em Manin, consiste primeiramente em estar apto a chegar a uma decisão por meio de um processo de pesquisa e comparação entre várias soluções. Já que as decisões políticas serão impostas *a todos*, parece razoável buscar, como condição necessária para a legitimidade, *a deliberação de todos*. Este seria o processo pelo qual a vontade coletiva é formada de tal maneira a conferir legitimidade a seus resultados, legitimidade que não mais poderia derivar da soma de vontades já formadas.[59]

Como se percebe, existe um movimento que reconhece certas vantagens ao modelo deliberativo em detrimento do modelo agregativo de preferências; esses procedimentos, além de legitimidade, também gerariam algum grau de racionalidade prática à tomada de decisão coletiva. Uma primeira vantagem notada por Manin seria a de que a deliberação *informa*, isto é, propaga *esclarecimento*. E o faz em dois níveis: a informação nova é comunicada porque *(i)* nenhum indivíduo, singularmente, possui, de antemão, uma visão acerca de todas as perspectivas possíveis de serem percebidas pelos demais cidadãos; e porque *(ii)* nenhum indivíduo singular possui todas as informações consideradas relevantes para a solução de uma questão que está sendo debatida. Por esse motivo, afirma Manin, durante a deliberação política os indivíduos adquirem novas perspectivas não apenas com respeito às soluções possíveis, mas também em relação às suas próprias preferências.[60]

Uma segunda vantagem, presente tanto em Manin quanto em Benhabib, seria a de que o processo decisório deliberativo conduz o indivíduo a uma *reflexão crítica* sobre as visões e opiniões que estava disposto a defender, já que, singularmente, não é possível estar previamente esclarecido sobre todas as consequências e méritos decorrentes da efetivação de cada uma de suas escolhas. Assim, no decorrer da deliberação e na troca de pontos de vista, os indivíduos tornam-se conscientes dos conflitos inerentes a seus próprios desejos. Isso os levaria a modificar os objetivos que tinham no início, desistir de alguns deles e harmonizar

---

[59] MANIN, Bernard. On legitimacy and political deliberation. *Political Theory*, v. 15, n. 3, 1987. pp. 338-368.

[60] Quanto ao ponto *(i)*, segundo Manin, no mundo real, quando indivíduos tomam uma decisão que concerne à sociedade, nunca poderão dispor de todas as informações necessárias. Eles certamente possuirão alguma informação, mas será fragmentária e incompleta. No processo de troca de evidências relacionadas às soluções propostas, os indivíduos descobrem informações que não possuíam previamente. Assim, não considera razoável supor que indivíduos, quando deliberam, já estão suficientemente bem informados. Sobre o ponto *(ii)*, Manin afirma que não há razão para supor que os indivíduos têm, já de saída, um conjunto completo de preferências. Quando entram num debate político, provavelmente têm, sim, certos desejos, que, entretanto, não se aplicam a todos os assuntos promovidos no debate, nem a todos os aspectos da decisão a ser tomado. Indivualmente, não se possui *a priori* um conjunto de preferências relacionado à multiplicidade de problemas e soluções envolvidos na questão. Até porque no decorrer da deliberação coletiva o indivíduo pode também descobrir que a opinião que tinha no início era prejudicial e pode decidir mudá-la. Cf. MANIN, Bernard. On legitimacy and political deliberation. *Political Theory*, v. 15, n. 3, 1987. pp. 351 e seguintes.

outros com vistas a compatibilizá-los com os desejos dos outros, trazendo à tona, assim, a conciliação ou o compromisso.[61]

A terceira vantagem amplamente percebida entre os teóricos deliberativos assenta na ideia de que o procedimento como tal, ao demandar a articulação de uma percepção em público, impõe certa *reflexividade* às preferências e opiniões individuais. Dito de outro modo: quando as pessoas apresentam seu ponto de vista aos outros, devem justificá-lo com boas razões; devem então, minimamente, apresentar uma articulação plausível, razoável. Isso, por si só, faria com que o indivíduo pensasse sobre o que seria uma boa razão para os outros envolvidos, fazendo-o refletir a partir da visão dos demais cidadãos.[62]

Daí emergiria, ainda, uma quarta vantagem: argumentar considerando o ponto de vista alheio não apenas constrangeria quem opina a ter coerência sobre as próprias preferências, mas também obrigaria a adoção de uma postura que Hannah Arendt, invocando Kant, chamou de *mentalidade ampliada*, e Elster de *força civilizadora da hipocrisia*: a escolha pública de preferências sujeita-se a limites, ou seja, não se pode criticar por diletantismo. O limite da crítica está justamente no acordo em potencial a ser selado com os outros, de modo que o diálogo entre mim e eu mesmo terá de ser ampliado para considerar a posição dos demais, com quem, eu sei, devo finalmente chegar a algum acordo.[63]

Nada obstante, é possível encontrar, em Fearon, uma sistematização um pouco mais abrangente, embora algumas vantagens coincidam com os estudos já vistos. Ele apresenta seis razões por que se deve discutir uma questão antes de chegar a uma decisão ou simplesmente colocá-la em votação, agregando preferências. Assim, a deliberação é capaz de: *(i)* revelar informações privadas; *(ii)* diminuir ou superar o efeito da racionalidade limitada (*bounded*

---

[61] MANIN, Bernard. On legitimacy and political deliberation. *Political Theory*, v. 15, n. 3, 1987. pp. 351-357; BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 74.

[62] BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. pp. 74-75.

[63] "In the Critique of Judgement, however, Kant insisted upon a different way of thinking, for which it would not be enough to be in agreement with one's own self, but which consisted of being able to 'think in the place of everybody else' and which he therefore called an 'enlarged mentality' (erne erweiterte Denkungsart). The power of judgment rests on a potential agreement with others, and the thinking process which is active in judging something is not, like the thought process of pure reasoning, a dialogue between me and myself, but finds itself always and primarily, even if I am quite alone in making up my mind, in an anticipated communication with others with whom I know I must finally come to some agreement" (ARENDT, Hannah. *Beetwen past and future*: six exercises in political thought. New York: The Vikin Press, 1961. 220-221); "[...] The essays by Gambetta, Johnson, and myself argue that because of the Habermasian norms, even self-interested speakers are forced or induced to argue in terms of the public interest. As Fearon observes, this constraint may even prevent self-interested proposals from coming on the voting agenda. This 'civilizing force of hyprocrisy' provides a further, second-best argument for deliberation" (ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 12).

rationality); *(iii)* provocar ou induzir um modo determinado de justificar demandas ou reclamos; *(iv)* legitimar, aos olhos do grupo, a decisão definitiva, estimulando a solidariedade de todos ou melhorando sua provável implementação; *(v)* melhorar as qualidades morais ou intelectuais dos participantes; e *(vi)* proporcionar que "o correto" seja feito, independentemente das consequências do debate.[64]

A revelação de informações privadas, no sentido que Fearon atribui, é similar à proposta de Manin: a deliberação permite que, antes da tomada de decisão, os participantes obtenham o máximo de visões possíveis, ficando melhor informados tanto em relação às propostas de solução como em relação às prováveis consequências dessas decisões. Silva prefere chamar essa vantagem de compartilhamento de informações anteriormente não compartilhadas (*sharing previously unshared information*), evitando uma impressão de revelação de segredos, que não seria o sentido mais apropriado de compreensão da vantagem.[65]

De outro lado, a atenuação dos efeitos da racionalidade limitada significa que a deliberação pode ser criativa. A tomada de decisão não é um processo de escolha apenas; é, antes da seleção de alternativas dadas, também um momento para gerar novas alternativas. Um exercício de *brainstorming*, diria Elster.[66] Isso porque, para usar a expressão que ficara famosa em Simon, temos de lidar com a realidade de que *nossa capacidade de imaginar e calcular é limitada e falível*. O exemplo clássico é o do jogo de xadrez: ele se tornaria fácil se fôssemos calculadoras ilimitadamente racionais.[67]

A terceira vantagem fearoniana – provocar ou induzir um modo específico de justificação – quer dizer tornar o exercício menos egoísta. Se num debate público há a necessidade de lograr coerência, é inerente a implausibilidade de oferecer argumentos públicos submissos a interesses próprios. É preciso ser orientado pelo interesse comum. Nesse sentido, Fearon dirá que existe algo de vergonhoso em justificativas como: "não nos importa o que obtêm os demais; só queremos mais para nós mesmos."[68] Assim, esforços inspirados no espírito cívico seriam capazes de incidir de forma positiva na decisão final tomada pelo grupo,

---

[64] FEARON, James. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 43-44.
[65] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. p. 561.
[66] ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 11.
[67] Cf. SIMON, Herbert. *Models of bounded rationality*. 2 vols. Cambridge: The MIT Press, 1983.
[68] "There is something embarrassing or even shameful about statements like 'We don't care what anyone else gets; we just want more for ourselves'" (FEARON, James. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 54).

na medida em que constrangeriam à desconsideração ou, no mínimo, induziriam à diminuição dos interesses estritamente privados em favor do interesse público.

Além disso, a decisão fruto de um processo deliberativo seria legitimada aos olhos do grupo, em razão da participação na sua construção. Isso porque o implemento dessa decisão certamente dependerá do acatamento, apoio ou outra conduta solidária posterior por parte daqueles que a ela se submetem. O fato de todos terem-na discutido tornaria o grupo psicologicamente mais pré-disposto a aceitar ou apoiar o cumprimento do resultado final, ainda em relação àqueles que sustentaram o contrário. Para além disso, a prática decisória deliberativa seria capaz de melhorar as qualidades de seus participantes: seria uma espécie de treinamento para desenvolver virtudes humanas e cívicas. Fearon elenca ao menos seis: eloquência, habilidade retórica, empatia, cortesia, imaginação e capacidade de argumentar.

A sexta vantagem em Fearon – proporcionar que o correto seja feito, independentemente das consequências do debate – refere-se a uma noção não-consequencialista da deliberação. Considera que essa prática é boa ou correta em si mesma, independentemente de qualquer das consequências previstas. Assim, ainda quando pudéssemos prever que em geral ou em casos particulares a discussão poderia incorrer em resultados negativos – como, por exemplo, alternativa que propõe uma guerra civil –, igualmente seria possível discutir, para além da justificação das preferências, a correção ou incorreção das propostas sob o olhar de todos. Essa seria a atitude moralmente correta, capaz de assegurar a razoabilidade e justificabilidade da decisão final e impedir arbitrariedades.

A par dessas vantagens, o modelo deliberativo não esteve imune a críticas. Mendes aponta que em Mouffe, por exemplo, há uma versão menos gloriosa da deliberação: ela enxergaria na defesa geral do modelo uma veia opressiva, antipolítica. De outro lado, Elster acusaria de paternalista esse mesmo processo e Schroeder, de legalista.[69] Em outros textos, é possível extrair uma crítica de natureza normativa. Um bom exemplo está em Michelman: sua objeção, mais abstrata, é no sentido de que ainda que o modelo deliberativo fosse desejável do ponto de vista da justiça, não seria um ideal realizável num nível prático.

Michelman afirmou ser insustentável a tentativa de cravar, sem dificuldades, a deliberação no âmbito puramente normativo. Haveria uma circularidade entre direitos

---

[69] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 20. Cf. MOUFFE, Chantal. *Deliberative democracy or agonistic pluralism*. Vienna: Institute for Advanced Studies, 2000a; _____. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000b; ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997; SCHROEDER, Christopher H. Deliberative democracy's attempt to turn politics into law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002. pp. 95-132.

fundamentais e soberania popular: as pessoas criam os direitos no processo deliberativo e, ao mesmo tempo, o início deste processo já pressupõe a existência de direitos. Diante dessa revisão contínua de conteúdo e procedimento, a solução para vicissitudes do modelo demandaria pragmatismo.[70] Sem prejuízo disso, pelo menos cinco outros autores se unirão às críticas normativas sobre o modelo deliberativo. Elster aponta problemas nas concepções excessivamente normativas e republicanas da prática deliberativa, que, segundo sua ótica, tenderiam a negligenciar as dimensões instrumentais e estratégicas da política.[71] Knight e Johnson, nesse sentido, defendem uma concepção de deliberação política mais modesta, menos rigorosa do ponto de vista normativo.[72]

Przeworski também vê problemas nesse modelo. Segundo ele, a teoria não considera o que chama de patologias da deliberação: o fato de a prática deliberativa permitir a transformação de preferências iniciais nem sempre conduzirá a resultados justos. Existe, ainda, um fator relevante que, normalmente, é negligenciado: a possibilidade de dominação ideológica dos participantes. A dominação ideológica impõe ao indivíduo a adoção de crenças heterônomas, contrárias não apenas a seus próprios, mas, e sobretudo, ao próprio bem comum.[73] A crítica de Walzer incorpora o tom de alerta: as exigências normativas para o modelo deliberativo precisariam ser readequadas em sua rigidez, pois a ação política democrática exige uma forma qual de engajamento permeada por diversos outros aspectos que, além de transcenderem a deliberação, podem a ela se opor.[74]

A caracterização do ceticismo normativo e a avaliação do peso apropriado de suas razões certamente variam conforme as concepções. Isso parece claro a partir de algumas das objeções que foram vistas. Entretanto, é possível perceber, entre céticos e entusiastas, um traço em comum. O ponto que todos eles parecem partilhar é: a deliberação política afigura-se viável e plausível enquanto instrumento para concretização de valores. Mendes, por exemplo, enxerga nesse modelo decisório mais um elemento integrativo, unificador, do que um exercício polêmico, disruptivo, desintegrador. Assim, afirma o autor, a concepção de legitimidade da deliberação não é contingente de um consentimento contratual imaginário;

---

[70] MICHELMAN, Frank I. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 145-172.

[71] ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 3-34.

[72] KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy. *Political Theory*, v. 22, n. 2, 1994.

[73] PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 97-122.

[74] WALZER, Michael. Deliberation, and what else? In: MACEDO, Stephen (Ed.). *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 58-69.

antes, é uma consideração concreta situada num ambiente de natural discordância. Para endossar essa percepção não é necessário realizar as consequências do processo deliberativo. Basta perceber o valor que ele carrega.[75]

Afinal, por que é vantajoso deliberar? Se os valores do modelo deliberativo são trunfos que permitem concluir que vale a pena realizar esse exercício, eles precisam estar explícitos. Para que finalmente se possa afirmar alguma vantagem sobre o modelo de agregação de preferências, esta subseção encerra tentando, de alguma forma, recapitular o que vimos e sistematizar esse quadro. Talvez utilizar um recurso que permita um panorama seja útil a esse esforço. Nesse sentido, há, em Mendes, tanto uma visão expandida quanto uma classificação em categorias que podem nos ajudar. Ele enxerga no processo deliberativo pelo menos quatro tipos de conquistas deliberativas, que podem ser classificadas em: epistêmica, comunitária, psicológica e educativa. Algumas dessas características já foram dadas nas páginas anteriores.

Do ponto de vista epistêmico, a deliberação promoveria, no mínimo, clareza sobre o que está em jogo; no máximo, permitiria chegar à verdade e à melhor resposta. O ponto de vista comunitário indica que a deliberação encorajaria o consenso (ou, pelo menos, minimizaria o dissenso), fomentando a legitimidade social e aprofundando o senso de comunidade. Já a conquista psicológica incutiria nos participantes da deliberação o sentimento de serem respeitados, enquanto que na conquista educativa os deliberadores seriam educados sobre o respectivo assunto-problema e sobre as suas próprias habilidades deliberativas.[76]

Os eventuais obstáculos à deliberação, ao que consta, não parecem superá-la. A rigor, as dificuldades opostas não devem ser vistas como padrões de ruptura, mas de integração. São as críticas que permitem o balanceamento de intenções, a correção de erros e equívocos, a restruturação do *modus operandi* – enfim, as críticas estimulam a melhoria do processo. Assim, é possível afirmar que o valor positivo da deliberação não é só provável como plausível, e o modo mais completo de comprová-lo exige enxergar com lupa cada uma das vantagens que o modelo promete, mesmo que num exercício sumário. Comecemos com a promessa epistêmica, seguindo a sistematização de Mendes.

De um modo geral, a deliberação tem a capacidade epistêmica de: *(i)* revelar premissas e *(ii)* coletar informações. Benhabib, Manin e outros alertaram para esse potencial. Mendes inclui, nesta categoria, uma possibilidade além. Ele afirma que o debate é capaz também de

---

[75] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 20.
[76] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 22-23.

alimentar a capacidade do grupo em encontrar soluções que não seriam concebidas por qualquer de seus membros sozinho. Seria, então, um *(iii)* exercício de iluminação criativa (*creativity-sparkling exercise*). Poderia, também, executar uma quarta missão epistêmica: se através da argumentação pública o processo deliberativo conseguiria ser não só um bom desinfetante mas também um informante competente, também poderia ser considerado como *(iv)* buscador da verdade (*truth-seeker*). Segundo Mendes, embora possam ser contestados, meios alternativos para satisfação dos mesmos propósitos, quando e se existirem, certamente serão inferiores à deliberação.[77]

A promessa comunitária tem assento no pressuposto de que a deliberação é um meio apropriado para alcançar consenso ou, pelo menos, minimizar o dissenso. Segundo Mendes, ela também é provável: se todos os participantes estão comprometidos em buscar o bem comum e, mais do que isso, persuadir uns aos outros através da troca de razões públicas, há boas chances de que o processo acabe em um acordo. Quando menos, diminuiria o desacordo entre os participantes. Esse exercício, de uma maneira particular, seria capaz de tornar o debate inclusive sensível ao bom argumento: graças à sua força, a melhor resposta tem capacidade de prevalecer mesmo depois de escrutinada. Subsistindo ao escrutínio, passa, naturalmente, a comandar um determinado consenso geral.[78]

A deliberação política ainda promete um efeito psicológico: as pessoas que participam acabam se sentindo respeitadas e incluídas como membros iguais de uma comunidade. É possível participar na deliberação sob o status de tomador de decisão ou de interlocutor formal ou informal que tem seus argumentos ouvidos por quem decidirá. Seja de modo mais ou menos direto, o efeito psicológico aplica-se, em particular, a todos esses atores. A lógica por trás dessa promessa é a de que, mais do que em outras práticas não-deliberativas, instiga uma disposição solidária – não é sobre ganhar ou perder depois de contar os votos

---

[77] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 24-26.

[78] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 24-26. Mendes reconhece a existência de vários tipos de consenso. Em sua visão, porém, não há prejuízos. A maioria é compatível com a deliberação: alguns são produtos inescapáveis do modelo; outros são mais prováveis de serem construídos através dele. O que prevalece é a ideia seguinte: se um grupo qualificado de pessoas está discutindo publicamente sobre qual a melhor concepção do bem comum, em um determinado momento espera-se que as quatro consequências epistêmicas provavelmente sejam seguidas; e se, além de discutir através de razões públicas, eles se engajem num processo persuasivo, não será surpresa se eles lograrem alcançar algum tipo de consenso. Assim: "All in all, the epistemic and the communitarian promises are key instrumental justifications for deliberation, directly connected to its very conceptual frame: if a qualified group of people is publicly arguing about the best conception of the common good at a given time, one expects that those four epistemic consequences are likely to follow; and if, besides arguing through public reasons, they are also engaged in a process of persuasion, it should not be a surprise if they come up with some sort of consensus" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 30).

individualmente até atingir a maioria, mas sentir-se parte do resultado e com ele comprometer-se independentemente de qual seja.[79] O valor psicológico causa, mesmo naqueles que discordam da decisão final, um sentimento de pertencimento. Deste decorre um segundo sentimento: o respeito.[80]

A promessa psicológica, por fim, enceta a noção de que a prática da deliberação é capaz de fazer com que seus participantes, cada vez mais, adquiram conhecimento e habilidade. De acordo com Mendes, esse *aprender fazendo* (*learning-by-doing*) realiza-se em duas dimensões: *(i)* primeiro, participar da deliberação faz com que se adquira mais conhecimento sobre o assunto que está sendo discutido; e, depois, *(ii)* não se pode aprender a deliberar a não ser pela própria prática da deliberação. A promessa educativa acredita que se uma comunidade tende a desenvolver uma política argumentativa e respeitosa, seus cidadãos têm de assimilar essas virtudes, e não há maneira melhor para isso do que a própria deliberação.[81]

Dessa forma, percebe-se que não é difícil enxergar plausibilidade nas promessas deliberativas ordinárias. É claro, porém, que não se trata de um processo decisório coringa que cabe em todo e qualquer lugar, sob um sem-número de circunstâncias. Portanto, deliberar sempre e em todos os espaços é insustentável se se deseja lograr alcançar, razoavelmente, suas promessas. A propósito, explorar essas duas dimensões – *quando* e *onde* – torna a investigação sensível não apenas às circunstâncias, quem e quantos deliberam, mas também sob qual status e com qual propósito epistêmico em particular. Ao se perguntar quando uma comunidade deve investir seus escassos recursos políticos em deliberação, Mendes resolve investigar quais fatores podem rejeitar uma posição pré-definida em favor da deliberação enquanto padrão principal de legitimidade. Ele, então, propõe três testes para alçar esse objetivo.

Cada teste proposto por Mendes é corolário de uma das três variáveis que moldam as circunstâncias deliberativas: *(i)* o pano de fundo (*backgrounds*); *(ii)* a existência e o tipo de desacordo; e *(iii)* o nível de urgência. Juntos, eles detectam contextos hostis ou favoráveis à deliberação. O primeiro teste contempla a própria possibilidade de deliberação política e a

---

[79] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 31-32. A formulação é similar à de Fearon, acima, no item *(iv)* de sua lista de vantagens. Consulte FEARON, James. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 43-44.

[80] "You may not agree with the outcome, but still be inclined to comply. Deliberation, in this case, would also project itself as a means to achieve social legitimacy" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 31-32).

[81] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 32. Como vimos, essa percepção também está em Manin, Benhabib, Fearon e outros.

disposição dos participantes em seguir os princípios éticos e políticos da deliberação política. A deliberação só se apodera do processo decisório se houver um pré-compromisso entre os participantes, tácito ou não. Aqui, vale o aviso: como foi visto, deliberação não corresponde a todo tipo de comunicação sobre atritos políticos; antes, além de inserida num processo real de tomada de decisão, que guarda a marca da provisoriedade, também acrescenta os requisitos da razão pública, do engajamento argumentativo, do respeito interpessoal, da inclusão, empatia e capacidade de resposta.

O primeiro teste expõe deixa clara a importância do ponto: deliberadores só decidem após rodadas argumentativas em que ouvem e respondem uns aos outros; devem estar comprometidos com a tarefa deliberativa, estando abertos a persuadir e a serem persuadidos. Ausentes esses componentes, a deliberação não ocorrerá inteiramente. Até porque, prossegue o autor, num fórum deliberativo, nem tudo está em disputa. Deliberadores, para serem chamados assim, precisam compartilhar uma lealdade aos princípios deliberativos éticos e políticos. Essas exigências atitudinais e conquistas esperadas dificilmente seriam obtidas na ausência de uma "base social de auto-respeito" (*social basis of self-respect*). As pré-condições da deliberação são socioeconômicas e políticas: assim como desigualdade excessiva enraíza um tipo de hierarquia de poder e autosubordinação, interações individuais reguladas pelo medo, intolerância embutida e incivilidade dificultam qualquer tentativa de deliberar. A defesa da deliberação, nesses cenários, ecoa um conselho da teoria da guerra justa, dirá Mendes: uma guerra é uma guerra justa apenas se houver chance razoável de sucesso.[82]

O segundo teste examina o quanto determinado assunto é controverso e pergunta se a deliberação será consequente. Se houver um acordo cuja estabilidade demande apenas tempo, seria sensato dispensar por completo a deliberação. A insistência se mostraria infértil e, fatalmente, ocasionaria perda de tempo. Nesse sentido, o terceiro teste é de *timing*: averigua a conveniência da deliberação tendo em vista o grau de urgência de uma decisão. Uma decisão rápida carrega um valor próprio que pode competir, no pior sentido, o prejudicial, com a deliberação; muito atraso e indecisão, por outro lado, pode privilegiar injustamente o *status quo*.[83] O equilíbrio é, assim, desejável na ampulheta deliberativa. Os extremos – pouca areia de um lado, muita do outro – prejudicam a ocorrência da deliberação genuína.

Mendes dirá, ainda, que a deliberação é um fenômeno de dois gumes: pode, às vezes, produzir boas consequências, que estão condicionadas às circunstâncias; em outros casos, é

---

[82] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 35-37.
[83] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 37-38.

melhor evitá-la. Uma defesa incondicional da deliberação, ou sua transferência não qualificada do mundo ideal para o mundo imperfeito da política real, seria algo problemático. Por isso, é possível dizer que o modelo deliberativo não é um catálogo integral de ótimos resultados que pode ser comprado a qualquer preço. É preciso avaliar (numa espécie de segunda deliberação; ou "a deliberação sobre a deliberação") as circunstâncias para saber se a deliberação é desejável e, especialmente, quando não é. Passar pelos três testes implica que, após o balanceamento, com a checagem das condições, a deliberação é possível; há aptidão para que se realize e satisfaça suas promessas – ou, nas palavras do autor, para que não seja incendiária, destrutiva, descabida (*not ill-timed*) ou distrativa; e sim consequencial, não-fútil (*not futile*), oportuna e recompensadora.[84]

A teoria normativa que vimos até aqui auxilia na conclusão de que, em certos contextos, uma alternativa mais sábia e menos imediatista pode não demandar mais, e sim menos deliberação, combinada com uma dose cuidadosa de barganha sob medida ou algum quê de voto silencioso. Em outros, pode ser aconselhável deixar a deliberação fluir sem a perspectiva imediata de uma decisão. Daí poder dizer que a tensão entre a prática deliberativa e suas promessas é circunstancial. Embora *a priori* seja um procedimento vantajoso, é preciso reconhecer que a determinação dos resultados e a sua extensão é uma consequência de suas próprias circunstâncias. Mendes, sobre as condições deliberativas que descrevera, observa que parte delas pode ser resolvida antecipadamente por um desenho institucional – prazos para decisão, regras de procedimento e agenda obrigatória poderiam ser alguns exemplos –, embora sempre haja um espaço para a discricionariedade.[85]

A questão institucional é importante. Nela retornaremos daqui a algum tempo. Por ora, o que deve ficar assentado é o seguinte: a simples contagem de votos, inerente ao modelo agregativo, trabalha com a regra da maioria e acumula preferências; comparativamente, o modelo deliberativo, até aqui, pareceu de fato possuir vantagens. Mais significativamente, o procedimento de articular uma concepção em público e discutir sinceramente seus fundamentos antes de tomar uma decisão que vincule a todos parece ser tanto mais legítimo quanto racional numa democracia. As críticas não rejeitam o valor da deliberação. Preferem, antes, sustentar modelos que buscam eliminar, por exemplo, as desigualdades de poder, status e interesses que eventualmente podem impedir qualquer tentativa de sua realização. Por isso e

[84] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38.
[85] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38.

por tudo que foi analisado, é possível encerrar esta subseção com uma afirmativa, a mesma que a inaugurou: a deliberação possui um valor positivo na legitimação de escolhas políticas.

IV

ANTESSALA DO PRÓXIMO CAPÍTULO: ATÉ ONDE DEVE CHEGAR O PROPÓSITO DELIBERATIVO?

Não por acaso o título desta subseção é uma paráfrase a Gutmann e Thompson. Em *Why deliberative democracy?* eles se perguntaram: *how far should deliberative democracy reach?* Acabamos de investigar o que é a deliberação, como praticá-la e por que é considerada valiosa num processo de tomada de decisão que espraia amplos efeitos para a comunidade política. Agora, a pergunta que animou Gutmann e Thompson, adaptada à intenção do texto, nos guiará na tarefa de investigar a possibilidade de expansão do modelo deliberativo para outros contextos. Eles afirmaram, em sua obra, que o futuro dessa prática também depende de seus proponentes criarem e manterem ações e instituições que permitam o bom funcionamento da deliberação; Knight expressara a mesma expectativa.[86-87]

O modelo de deliberação pública é importante. Depois de tudo que foi visto, parece difícil não concordar com essa afirmação. A característica que define esse modelo de tomada de decisão o torna desejável não só na arena política, mas também em outras, especialmente a judicial. Importa deliberar nestas arenas porque agir assim aumenta e expõe à crítica informações necessárias; porque permite a expressão de argumentos à luz dos quais preferências e crenças precisam ser revistas; porque conduz à formação de conclusões que podem ser submetidas ao escrutínio público e inclusive refutadas por boas razões – ou melhor, na síntese de Thomas Christiano, porque a deliberação transforma, modifica e esclarece as crenças e preferências dos cidadãos de uma socidade política.[88]

Segundo Christiano, há três teses sobre a importância da deliberação pública na democracia. Primeiro, ele diz simplesmente que a deliberação política pode contribuir para

---

[86] "One of the implications of this approach to deliberation is that little attention is paid to the real problems of establishing and maintaining the institutions that would foster such reasonable agreement. [...] However, the same issues arise in thinking about how we can institutionalize the procedural preconditions of deliberation" (KNIGHT, Jack. Constitutionalism and deliberative democracy. In: MACEDO, Stephen. *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 159 e 168).

[87] GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 59.

[88] CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation. BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 243-278.

valorizar as instituições democráticas. É a *tese da contribuição* (*contribution thesis*). Segundo, a deliberação seria condição necessária para o valor das instituições democráticas – a sociedade neste regime que decide sem deliberar é uma forma indesejável de sociedade política. Esta é a *tese da necessidade* (*necessity thesis*). Por último, a deliberação pública seria o único valor na democracia – a única razão pela qual a democracia teria alguma importância é que envolve a deliberação pública entre iguais. Esta é a *tese da exclusividade* (*exclusivity thesis*).[89]

Christiano sistematiza a deliberação em três níveis. Bem vistas as coisas, o quadro que apresenta tenta integrar elementos democráticos com uma concepção de razão pública e, ao mesmo tempo, de integrar seu valor com algum elemento capaz de institucionalizar a deliberação. Reflexamente, é possível enxergar que o procedimento deliberativo, num de seus vértices, conecta com uma ordem institucional. Esse contato independe de identidade – há uma espécie de transinstitucionalidade permanente, supracontextual, que exige apenas uma característica democrática. Assim, a ideia de uma esfera pública de formação da opinião e deliberação admite expansão – e então ela pode comprometer, por exemplo, tanto o Legislativo como o Executivo e o Judiciário, enquanto instituições democráticas, e em qualquer de seus níveis, desde que preencham os requisitos acima delineados.

O essencial para essa concepção não está propriamente na *instituição*. Está mais no potencial de estruturação de um ambiente público de formação de opinião, debate, deliberação e contestação entre pessoas encarregadas de tomar uma decisão conjunta, independentemente do agente que o provê. Mendes afirmou que certos elementos estruturais favorecem a deliberação, e que alguns deles podem ser antecipados por um desenho institucional. Daí perguntar: então outras esferas públicas de tomada de decisão coletiva, distintas entre si, podem também se organizar segundo as orientações sugeridas pelo modelo deliberativo?

A essa altura, já se pôde perceber que o procedimento deliberativo não representa um arquétipo mental contrafactual. Ao revés, é um modelo que esclarece os princípios que nele estão implícitos e evidencia a própria lógica da prática democrática. Se isto é assim, e se a deliberação comporta expansão a outros contextos, a pergunta inicial aceita ser invertida e reformulada: a questão não é se o modelo deliberativo pode ser expandido para as raias jurisdicionais, mas se a tomada de decisão judicial é capaz de receber o modelo deliberativo político.

---

[89]CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation. BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 243-278.

Com isso, a preocupação específica que guiará o próximo capítulo agora está mais clara. O objetivo é realizar uma investigação em dois degraus. Primeiro, serão apresentados os argumentos sob os quais se costuma conceber as cortes como instituições deliberativas. Depois, serão perguntadas quais as possibilidades de as instituições judiciárias realizarem um procedimento deliberativo público. Os fundamentos que até aqui foram apresentados permitem formular uma concepção provisória inicial, mas que deve ser analisada com mais atenção. De qualquer forma, o pano de fundo existente faz perceber que *(i)* quanto mais intervenha em um processo de decisão a faculdade de comparar e avaliar diferentes razões, maior legitimidade estas razões terão; e que *(ii)* o descobrimento e exploração mútua de argumentos exige sopesar razões mais do que faria a votação agregativa.

Como advertiu Mendes, conectar a deliberação à arena judicial é uma tarefa delicada.[90] No entanto, parece ser possível extrair do nosso *frame* analítico dois ângulos que permitem a conexão para o contexto brasileiro. O primeiro é *funcional*; o segundo, *institucional*. De um lado, a função atribuída às Cortes Supremas no nosso sistema de justiça atrairia a realização, no meio judicial, do procedimento deliberativo. Do outro, a própria natureza da interação entre os juízes no modelo de julgamento colegiado seria uma prática permeável à deliberação. Alguns teóricos dedicaram um certo espaço à qualidade deliberativa de juízes e cortes, embora não tenham desenvolvido de uma forma mais robusta os detalhes dessa característica. Resta saber, agora, se a concepção provisória da dissertação está de acordo com essas expectativas deliberativas. Antes, há, por trás dessa noção, um cenário histórico interessante e que merece ser explorado.

A característica deliberativa, aqui tida como qualidade, não foi atribuída aleatoriamente a juízes e cortes. Explicam Ferejohn e Pasquino que, com o colapso do império comunista, assistiu-se culminar uma leva de constituições. Influenciados pelo modelo kelseniano, os países do Leste Europeu, por exemplo, incluíram em suas novas constituições um órgão responsável pelo controle constitucional. Aquele não era um fato novo – países do Sul da Europa, como Grécia, Portugal e Espanha já haviam vivenciado o fenômeno há pelo menos vinte anos, desde a prostração dos respectivos regimes autoritários e fascistas. Após a Segunda Guerra Mundial, Áustria, Itália e Alemanha passaram pelo mesmo processo. Ao lado da criação, esse modelo de controle carregava consigo o peso da necessidade de legitimação

[90] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 54.

dos atos das cortes constitucionais, já que, de certa maneira, alocava uma parcela do poder legiferante nas mãos desses órgãos.[91]

Havia pressão por legitimidade sobre as cortes constitucionais e ela precisava ser amenizada. Imaginou-se que a adoção de medidas que pudessem proteger ou isolar os juízes do contexto político seria um possível remédio. Foram criados alguns procedimentos para garantir – ou ao menos aparentar – imparcialidade, como sessões de julgamento fechadas e pareceres em nome da corte. Mas, mais do que medidas estruturais, era preciso que as cortes constitucionais formulassem suas decisões com base em justificativas razoáveis; decisões que vinculassem a autoridade das cortes à autoridade legal ou moral. A jurisdição constitucional, então, passou a lidar com expectativas de deliberação diferenciadas e sensíveis, aspectos vistos como valiosos e familiares a si.[92] Autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Christopher Eisgruber, dentre outros, sob diferentes maneiras, indicaram que as cortes seriam fóruns deliberativos e buscaram demonstrar essa afirmação em alguns de seus escritos. Foram objetados por Waldron e, entre nós, o modelo sofrera algumas críticas de Mendes e Silva.

Além disso, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero têm sustentado uma concepção de corte que, do ponto de vista da dissertação, pode ser aproximada do ideal deliberativo. A função que as cortes judiciárias possuem no Estado Democrático de Direito e, mais particularmente, a promoção da igualdade e da segurança jurídica acoplada à necessidade de outorgar unidade ao direito através do respeito aos precedentes judiciais ocupam um papel instrumental no ponto que a dissertação procura trabalhar. No próximo capítulo, as reflexões desses autores serão apresentadas e, sob o recorte específico promovido pela intenção do trabalho, também estarão em vista os problemas que essas teorias normativas têm enfrentado na prática.

---

[91] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech [Ed.]. *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 22.

[92] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech [Ed.]. *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. pp. 22-23.

SEGUNDA PARTE

Problemas: entre deliberação e agregação, consenso e maioria

Sendo Oliver Wendell Holmes magistrado da Suprema Corte Americana, numa ocasião a caminho do tribunal deu uma carona ao jovem Learned Hand em sua carruagem. Ao chegar a seu destino, Hand saiu, saudou em direção à carruagem que o levava e disse alegremente: "Faça justiça, magistrado!" Holmes parou a carruagem, fez ao condutor que girasse, se dirigiu ao espantado Hand e, sacando a cabeça pela janela, disse: "Esse não é meu trabalho!" A carruagem então deu a volta e seguiu, levando Holmes a seu trabalho, supostamente consistente em não fazer justiça.[93]

Aplicar a lei, fazer justiça: qual o papel atribuído a juízes e cortes num regime democrático? Inúmeras representações e imagens do Poder Judiciário foram projetadas a partir da cultura política das democracias contemporâneas. Comparativamente, nenhum outro cargo ou função pública foi tão metaforizado quanto o que ocupam os juízes, em qualquer dos graus de jurisdição que seja. Segundo Mendes, a desconfiança política responsável por essa miscelânea fez conhecidos pelo menos cinco perfis imagéticos da instituição: a corte poder-de-veto (*veto-force*); a corte guardiã (*guardian*), a corte agente-da-razão-pública (*public-reasoner*); a corte interlocutora institucional; e a corte deliberadora. Cada holograma desenvolve um atributo particular da instituição.[94-95]

---

[93] O relato do fato é de Dworkin: "When Oliver Wendell Holmes was an Associate Justice of the Supreme Court he gave the young Learned Hand a lift in his carriage as Holmes made his way to the Court. Hand got out at his destination, waved after the departing carriage, and called out merrily, 'Do justice, Justice!' Holmes stopped the cab, made the driver turn around, and rode back to astonished Hand. 'That's not my job!' he said, leaning out of the window. Then the carriage turned and departed, taking Holmes back to his job of allegedly not doing justice" (DWORKIN, Ronald. Introduction. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 1).

[94] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1. Consulte também: MENDES, Conrado Hübner. Political deliberation and constitutional review. In: FLORES, Imer B.; HIMMA, Kenneth Einar. *Law, liberty, and the rule of law*. New York: Springer, 2013. pp. 121-134.

[95] É fato sociológico que essa desconfiança política esteve muito presente nos constituintes em relação aos juízes formados em regimes autoritários, em países que passaram pelo regime fascista. Os próprios parlamentos também sofreram olhares atravessados em razão do histórico de cumplicidade de alguns com o fascismo ou comunismo (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions:

O poder de veto, de acordo com o autor, pode ser explicado da seguinte maneira: o veto é um dispositivo mecânico capaz de barrar ações de alguma força opositora e, na teoria constitucional, está associado à separação de poderes e à dinâmica interna do sistema de freios e contrapesos. As cortes, nesse sentido, possuiriam uma função moderadora, outorgada pela constituição, de contrabalancear decisões do Parlamento e do Executivo, evitando tirania e arbitrariedade.[96] Um outro papel atribuído às cortes é o de guardiã da ordem constitucional. Por meio de uma atuação tecnocrática e desinteressada, a validade das decisões legislativas seria por elas examinada à luz do texto constitucional. A orientação, aqui, dar-se-ia menos pela força e mais pelo conteúdo.[97] As demais imagens – de agente-da-razão-pública, interlocutora institucional e deliberadora – estão todas relacionadas ao mesmo pacote teórico que considera as cortes com base na sua capacidade argumentativa e perspectiva privilegiada.[98]

O terceiro holograma do Judiciário, então, o relaciona com a ideia de que é o principal agente institucional da racionalidade pública, situado numa cultura da justificação. O faro apurado e instruído quanto a direitos, aliado à independência e autonomia judiciais e à alta capacidade argumentativa habilitaria as cortes a decidir através de uma decisão qualitativa excepcional.[99] Em certos contextos, às cortes seria dada a última palavra sobre o sentido da constituição. A quarta imagem se opõe à ideia da supremacia judicial e última palavra para retratar as cortes como interlocutoras institucionais. Elas funcionariam como parceiras que desafiam outros ramos a responder às demandas decisionais com razões mais qualificadas.[100] Não haveria, portanto, uma autoridade definitiva sobre o significado do texto constitucional,

---

towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech [Ed.]. *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 21).

[96] Apesar do foco na veia política, George Tsebellis chega a tratar lateralmente das cortes e seu poder de veto. Veja: TSEBELLIS, George. *Veto players*: how political institutions work. Princeton: Princeton University Press, 2002.

[97] Uma leitura abrangente e crítica pode ser obtida em Nino: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

[98] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 2-3.

[99] Veja Rawls, especificamente §6.º, Lecture VI, The Supreme Court as Exemplar of Public Reason. In: RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]; também DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 33-71 e DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 1-38; e, finalmente, EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 96 e seguintes.

[100] Consulte MENDES, Conrado Hübner. Not the last word, but dialogue. *Legisprudence*, v. 3, n. 2, 2009. pp. 191-246 e MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Nesse sentido, ainda, BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, 2006. pp. 1109-1180.

mas um empreendimento interativo permanente, constituído por sucessivas rodadas (*rounds*) de formulação de respostas.[101]

A última representação das cortes evidencia uma característica deliberadora. Percebe um aspecto interno que a maioria ignora: cortes são compostas por um pequeno grupo de juízes que se engajam argumentativamente a fim de produzir uma decisão final. Essa estrutura colegiada é encarada como uma vantagem em relação a outros desenhos institucionais. Em tese, as cortes se beneficiariam das virtudes da deliberação colegiada e, graças às suas condições peculiares de tomada de decisão, seriam mais propensas a alcançar boas respostas no exercício interpretativo da constituição. De acordo com esse modelo, as próprias cortes promoveriam uma boa deliberação intrainstitucional.[102-103-104]

Que tipo de deliberação as cortes devem adotar? No que diz respeito à última representação das cortes – como deliberadora –, Ferejohn e Pasquino mencionam que elas conseguem preservar de modo importante um caráter deliberativo em seu processo de tomada de decisão.[105] Assim, um bom ponto de partida para este capítulo seria analisar como essas expectativas têm sido tratadas na literatura relevante. Entretanto, também é fundamental saber como a teoria crítica e a própria prática judiciária recepcionam os modelos normativos mais conhecidos.

É possível adiantar que essa relação não está isenta de críticas – alguns problemas têm sido suscitados por autores importantes, de modo que verificá-los deve integrar nossa agenda investigatória. Assim, o percurso que o capítulo buscará percorrer é desenvolvido em duas frentes. Primeiro, serão visitadas algumas das teorias mais destacadas que argumentam em favor da deliberação judicial. Depois, a tarefa será aquilatar em que medida a prática tem refletido a teoria, expondo quais são as principais críticas formuladas até aqui. Com isso, a

---

[101] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 2-3.

[102] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 2-3.

[103] O termo corte (ou corte constitucional, tribunal, tribunal constitucional) está sendo empregado a todo momento e, apesar disso, ainda não foi esclarecido como a dissertação o considera. Corte será, para o objetivo aqui traçado, um órgão multi-membro e não-eleito que, quando provocado por atores externos, pode rechaçar, por argumentos constitucionais, legislação promulgada por um parlamento representativo. O conceito é de Mendes (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 7).

[104] Sobre a imagem das cortes como deliberadoras inclusive em perspectiva comparada, cf. LASSER, Mitchel de S. -O. -L'E. *Judicial deliberations*: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2004.

[105] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 23.

interrelação proposta entre os conceitos e os problemas estará completa para permitir a investigação com lupa que será realizada no terceiro capítulo.

I

A QUALIDADE DELIBERATIVA DE JUÍZES E CORTES

Dentre muitos, quatro teóricos se destacam quando sustentam a qualidade deliberativa de juízes e cortes. Embora com algumas variações naturais de intenção, é possível dizer que eles compartilham do mesmo pano de fundo. Rawls, Dworkin, Alexy e Eisgruber enxergam com bons olhos a composição colegiada dos órgãos judiciais, que, ao lado da capacidade argumentativa de seus membros, se tornam atributos capazes de incrementar a qualidade do processo decisório democrático e, consequentemente, o produto final – a decisão. Esta é, também, a concepção de Ferejohn e Pasquino – a de que existe uma certa crença de que juízes e cortes, diferentemente de outros agentes estatais, vão além de simplesmente tornar públicas suas ordens ou decisões.

Comecemos por Rawls. O primeiro passo é entender a ideia de razão pública neste autor, desenvolvida principalmente em *Political liberalism*. A lição exige que, antes de tudo, esclareçamos o que é razão e o que é razão pública para, então, adentrar ao mérito deste argumento. Razão, em Rawls, é uma maneira que uma determinada sociedade política ou um agente razoável e racional possui de articular seus planos, priorizar seus fins e deliberar de modo correspondente. A capacidade de fazê-lo é também sua razão, mas agora no sentido de que é uma capacidade intelectual e moral, baseada na capacidade dos cidadãos. Há razões públicas e privadas. As que não são públicas, por exemplo as das igrejas, universidades e outras associações constituem a cultura de fundo da sociedade civil (*background culture*) ou a cultura política não-pública (em contraste à *public political culture*), como a mídia, jornais, revistas, televisão e rádio. A razão pública não se aplica nem à cultura de fundo, nem a qualquer tipo de mídia, mas, segundo Rawls, isso não nega a necessidade ou mesmo a possibilidade de uma discussão direta e aberta nesses locais.[106]

---

[106] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]. pp. 212-222; _____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 93-144; _____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-807; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. pp. 89-90.

Por razão pública, Rawls entende a característica de um povo democrático. "É a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de igual cidadania." Ela pertence à concepção de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada (*well-ordenered constitutional democratic society* – uma democracia deliberativa) e sua forma e conteúdo são determinadas a partir da própria ideia de democracia, em razão do pluralismo de doutrinas religiosas ou não-religiosas, filosóficas ou morais como resultado da cultura de instituições livres. A razão pública decorre de uma percepção geral: os cidadãos realizam que vastas doutrinas, dos mais variados matizes, num ambiente plural, não podem ser adotadas todas de uma vez. As respectivas essências e intenções não apenas não combinam como, por vezes, podem ser inconciliáveis. Assim, os cidadãos atentam para a necessidade de levar em consideração que tipos de razões são compartilháveis – quais são as que podem razoavelmente oferecer uns aos outros quando estão em jogo questões políticas fundamentais.[107]

A razão pública de Rawls não ataca nem critica qualquer doutrina abrangente. O que pode ocorrer é alguma destas se mostrar incompatível com elementos que constituem a razão pública ou sua política democrática. A exigência da razão pública consiste em que uma doutrina razoável aceite um regime democrático constitucional e a ideia de um direito legítimo que o acompanha. Afrontar esse requisito mínimo significa afrontar a própria razão pública, que, portanto, adota a democracia constitucional ou o Estado Democrático de Direito com seus critérios de reciprocidade. Se segue então que a ideia de razão pública guarda, como essência, especificar no nível mais profundo os valores morais e políticos básicos que determinam a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos, e suas relações uns com os outros. O objeto da razão pública é o bem do público. Ou seja: aquilo que a concepção política de justiça comum exige da estrutura básica das instituições em funcionamento da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir.[108]

---

[107] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]. pp. 216-227; _____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 93-144; _____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-766; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. pp. 90-91.

[108] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]. pp. 146 e 213; _____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 93-94; _____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-768; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. p. 91.

A ideia de razão pública, segundo Rawls, possui uma estrutura definida e cinco aspectos. O primeiro aspecto é importante aqui porque diz sobre as questões políticas fundamentais às quais tal ideia de razão pública se aplica. Como foi visto, a razão pública se aplica à cultura política pública (não-privada) e seu fórum. Essa aplicação pode ser compreendida em três níveis: no discurso dos juízes nas suas decisões e, em especial, nas dos ministros do Supremo Tribunal; nos discursos dos representantes ou autoridades do governo; e no discurso dos candidatos a cargos públicos e seus administradores de campanha, especialmente os veiculados em comícios, programas partidários ou locais em que esse tipo de discurso se desenvolva. A razão pública é mais estrita aos juízes que aos outros, embora as exigências sejam as mesmas. O segundo aspecto diz respeito às pessoas às quais se aplica, enquanto o terceiro afeta seu conteúdo. O quarto aspecto refere à aplicação dessas concepções na forma do direito legítimo considerado pelo povo democrático. O quinto aspecto, por fim, é um de reciprocidade – os cidadãos precisam verificar se estão razoavelmente preparados para desenvolver um senso de justiça e oferecerem uns aos outros seus argumentos e razões.[109]

O enfoque no discurso dos juízes é proposital porque nos permite desenvolver a qualidade deliberativa que Rawls atribui à instituição. Diferente da *ideia* de razão pública, Rawls afirma que o *ideal* da razão pública é realizado sempre que juízes, legisladores, chefes do executivo e outras autoridades do governo, assim como candidatos a cargos públicos, seguem a ideia de razão pública e explicam aos outros cidadãos suas razões para defender posições políticas fundamentais nos termos da concepção política de justiça que consideram a mais razoável.[110] Num regime constitucional com revisão judicial, os Supremos Tribunais têm na razão pública a sua razão. Rawls afirma que isto pode ser entendido de duas maneiras: primeiro, que a razão pública é apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, apesar disso lhes conferir a comenda de intérpretes últimos da constituição; a segunda é que o Supremo Tribunal seria o ramo do Estado que serve de *caso exemplar* de razão pública.[111]

---

[109] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]. pp. 166-169 e 213-230; _____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 93-144; _____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-768; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. pp. 92-93.

[110] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996]. pp. 148-149; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. pp. 93-94.

[111] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000. pp. 281-286.

Ao rejeitar a supremacia parlamentar, Rawls transmite a ideia de que uma democracia constitucional é dualista: distingue o poder constituinte do poder originário, assim como a lei mais alta do povo da lei ordinária dos órgãos legislativos. O Supremo Tribunal se harmonizaria com essa concepção de democracia constitucional dualista – ao aplicar a razão pública e efetivamente evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos e organizados habilmente, o Supremo Tribunal assumiria e desempenharia um papel relevante; nesse caso, Rawls afirma que seria incorreto considerá-lo antidemocrático. A centralidade do Supremo Tribunal na teoria rawlsiana é evidente: ele não o atribui uma função meramente defensiva, mas sim uma que lhe exige dar existência apropriada e contínua à razão pública; de servir de *exemplo institucional*. Rawls chega a afirmar que a razão pública é a única razão que o tribunal exerce. Ele seria o único ramo do Estado que recebe direta e visivelmente a criação dessa razão, e dela somente – ao contrário de cidadãos e legisladores, que nem sempre precisam oferecer justificativas, é dever dos juízes dizer por que votam dessa ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões.[112]

Assim, afirmar, em Rawls, a qualidade deliberativa de juízes e cortes, significa reconhecer a concepção do autor de que o Judiciário é a instituição exemplar da razão pública. Mais precisamente, significa também compreender que o autor reputa aos juízes, de modo realmente mais severo que outros agentes públicos, a função de procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Uma última observação: o liberalismo político rawlsiano considera, ainda, que o papel do Judiciário como instituição exemplar dá força e vitalidade à razão pública no fórum público; sua atuação franqueia um colorido mais expressivo a essa concepção, e o faz por meio de seus julgamentos amplos sobre questões políticas fundamentais.[113-114]

---

[112] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000. pp. 281-286.

[113] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000. pp. 286-288.

[114] No original, a passagem mais expressiva de Rawls e que sintetiza toda a ideia ora trabalhada é a seguinte: "It applies in official forums and so to legislators when they speak on the floor of parliament, and to the executive in its public acts and pronouncements. It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reason" (RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993

Em Dworkin há uma abordagem semelhante. Sua formulação teórica que aqui nos interessa está espalhada por suas várias obras e possui como pano de fundo os atributos deliberativos de juízes e cortes. Serão reunidas e discutidas algumas ideias nesse sentido lançadas, principalmente, em *A matter of principle*, *Freedom's law* e *Taking rights seriously*. O âmago dessa discussão está na ideia do *fórum dos princípios*.[115] Para compreendê-la, primeiro é preciso distinguir princípios (*principles*) e políticas (*policies*). De modo objetivo, princípios fundamentam decisões com base em direitos e garantias individuais dos cidadãos. Políticas, por sua vez, fundamentam decisões de interesse comum, relacionadas ao bem-estar de um povo. Vale a pena refinar um pouco mais esses conceitos.

Princípio (*principle*), em Dworkin, pode ser tecnicamente definido como um padrão que inexoravelmente deve ser observado – não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade assegurada pelo ordenamento jurídico. Política (*policy*) significa aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade; ela orienta um governo na condução de assuntos públicos, como programas e ações governamentais. Fala-se, então, em política econômica, social trabalhista, etc. Argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas, proposições que descrevem objetivos. Talvez um exemplo possa ajudar a melhor visualizar essa distinção. Consideremos determinada norma de trânsito: o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.[116]

Via de consequência, há duas dimensões de tomada de decisão que devem ser consideradas num regime de democracia constitucional: a da política e a dos princípios. A dimensão política é a instância na qual os padrões de política se realizam – onde os cidadãos tomam conjuntamente decisões para solucionar os problemas da comunidade e fixam padrões para a satisfação do interesse comum e promoção de bem-estar. A dimensão dos princípios

---

[1996]. p. 216; _____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 95).

[115] DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 33-71; _____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 1-38; _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 [1978 – with a new appendix, a response to critics]. pp. 22-28; 82-90.

[116] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 [1978]. pp. 22-23 e 90.

está ligada à realização dos padrões de princípio – é a instância estabelecida para a proteção dos direitos e garantias fundamentais concernentes aos indivíduos. É nesta instância que dimensão dos princípios se realiza. Este local é o *fórum dos princípios*.

No fórum dos princípios os direitos são usados como *trunfos* contra decisões de política. Uma explicação melhor pode tornar isso mais claro. Como foi visto há pouco, uma decisão na dimensão política fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Na dimensão dos princípios, os argumentos de uma decisão devem mostrar que ela respeita ou garante um direito individual. Se em algum aspecto houver conflito, a decisão na dimensão dos princípios deve superar a decisão na dimensão política. Isso porque, agora melhor encaixado, na teoria dworkiniana os direitos individuais são *trunfos* que os indivíduos detêm. Segundo Dworkin, os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.[117-118]

O Poder Judiciário, fundamentalmente a Suprema Corte, seria por excelência o fórum dos princípios numa democracia constitucional. A necessidade de garantir os direitos individuais contra decisões de política que porventura possam violá-los justificaria não apenas a legitimidade da revisão judicial, mas também reconheceria a ação deliberativa qualificada de juízes e cortes. Assim, Dworkin destaca que os juízes têm a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial. O Judiciário é visto como instância justificada por argumentos de princípio, e não por argumentos de política. Para cumprir esse papel, os juízes constroem um esquema de princípios capaz de fornecer uma justificação coerente desde os precedentes às disposições constitucionais e legislativas.[119] No fórum dos princípios, portanto, a mera agregação de preferências não colhe. A simples contagem de cabeças não é suficiente para desempenhar o mister que a teoria dworkiniana atribui às cortes.

---

[117] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 [1978]. pp. 82-83 e Introduction, *xi*.

[118] Noutro texto Dworkin assim descreve a ideia de direitos como trunfos políticos: "Direitos são mais bem compreendidos como trunfos sobre a mesma justificativa de fundo para decisões políticas que formula um objetivo para a comunidade como um todo. Se alguém tem direito à independência moral, isso significa que, por algum motivo, é errado que as autoridades atuem violando esse direito, mesmo que acreditem corretamente que a comunidade comunidade como um todo estaria em melhor situação se assim o fizessem" (DWORKIN, Ronald. Is there a right to pornography? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2, 1981. p. 200).

[119] Cf. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 33-71; _____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 1-38; _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 [1978 – with a new appendix, a response to critics]. pp. 22-28; 82-90.

Um tribunal, dirá Dworkin, deve tomar decisões de princípio, não de política; deve tomar decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral. Daí poder-se acrescentar: esta é a sua vantagem deliberativa, a razão pela qual é uma instância privilegiada – há promoção de ganhos quando assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito – não completamente – no âmbito da legislatura. Para o autor, esse fato é mais importante até mesmo do que as próprias decisões a que se chegam nos tribunais com essa incumbência.[120]

Há, em Dworkin, outro aspecto vantajoso sobre a atuação de juízes e cortes. A revisão judicial seria ainda uma característica distintiva por obrigar o debate político a incluir argumentos acerca dos princípios. A teoria dworkiniana considera esse debate valioso, sobretudo pelas evidências reais que tivera. Os norte-americanos, nas últimas décadas, debateram a moralidade da segregação racial e chegaram a algum grau de consenso, no nível do princípio, que antes se julgava impossível. Dworkin afirma que esse debate não teria tido o caráter que teve, não fosse o fato e o simbolismo das decisões da Suprema Corte.[121]

Questões sobre distinção de gênero e outras distinções não-raciais, quanto à ação afirmativa, ao aborto e aos direitos dos estudantes a uma educação pública igual – todas essas discussões, na sua visão, não seriam tão sensíveis ao princípio sem a cultura jurídica e política das quais a revisão judicial constitui o âmago. Também o público que eles representam não leria, pensaria, debateria, nem, talvez, votaria como vota sem essa cultura; os tribunais, para Dworkin, oferecem a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça.[122]

Parece apropriado dizer, depois de tudo que foi visto, que o Judiciário, sob o ponto de vista dworkiniano, qualifica o debate constitucional e vocaliza demandas sensíveis sobre direitos fundamentais, as quais, por conveniência, poderiam não obter tanta atenção na dimensão decisória política. Permita, no entanto, uma última palavra sobre essa ideia de que a interpretação dos juízes seria um ingrediente qualitativo à promessa constitucional. O método dworkiniano para leitura e execução de uma constituição política é chamado de *leitura moral*.

---

[120] DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 69-71.
[121] DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 69-71.
[122] DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 69-71.

A leitura moral propõe que todos os atores políticos – juízes, advogados e também os cidadãos – interpretem e apliquem os dispositivos abstratos da constituição considerando que eles se referem a princípios morais de decência e justiça.

Toda vez que há uma questão constitucionalmente controversa ou nova, os encarregados de opinarem sobre o assunto devem decidir qual a melhor forma de compreender o princípio moral abstrato em jogo.[123] Assim, a leitura moral redimensiona a moralidade política para o próprio âmago do direito constitucional. Como, porém, a moralidade política é incerta e controversa em si mesma, é preciso que o sistema de governo decida quem terá a autoridade definitiva para compreender e interpretar os princípios morais da constituição. Nos Estados Unidos, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte.[124] No Brasil também.[125]

Uma crítica conhecida a Dworkin sustenta que, no sistema norte-americano atual, por caber ao Poder Judiciário a autoridade suprema de compreender e interpretar os princípios morais da Constituição Americana, o método da leitura moral acabaria por dar aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público. Dworkin afirma que a objeção é sem fundamento – a adoção de qualquer medida coerente por juristas e/ou juízes norte-americanos para interpretar a Constituição já implicaria fazer uso da leitura moral. O método que propõe, portanto, nada teria de revolucionário.[126] Prosseguindo no argumento sobre a leitura moral da constituição, o autor enxerga no controle de constitucionalidade uma grande vantagem – o ideal de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios,

---

[123] Por exemplo, explicará Dworkin: nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana estabelece que o Congresso não pode editar nenhuma lei que diminua a liberdade de expressão (*freedom of speech*). Assim, o princípio moral que decorre é o de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos dizem ou publicam. Se surge uma questão cujo cerne está em saber se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia, a decisão a ser tomada exige pensar se o princípio moral de condenação da censura, na forma em que foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia. Esse é o método dworkiniano de leitura e execução da constituição (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. p. 2).

[124] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 2-3.

[125] Diferentemente da experiência americana, em que o estabelecimento do *judicial review*, seus limites e possibilidades não tiveram previsão legislativa expressa pelo constituinte, mas foram fruto de profundo debate, no Brasil, o *judicial review* e o órgão máximo de revisão da constitucionalidade das leis nasceram juntos*:* "In Brazil, judicial review and the Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) were born together. Unlike the American experiente, in which the doctrine of judicial review was laid down by the Supreme Court, in Brazil, shortly after the Republic was proclaimed (1889), Decree 848 (1890) determined the creation of a Supreme Court and expressly prescribed that this court had the prerrogative of judging, as last instance court, cases involving judicial review of legislation" *(*SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. p. 567).

[126] Assim: "So, to repeat, the moral reading is not revolutionary in practice. Lawyers and judges, in their day-to-day work, instinctively treat the Constitution as expressing abstract moral requirements that can only be applied to concrete cases through fresh moral judgments" (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. p. 3).

seria, em suas palavras, a contribuição mais importante que a história norte-americana poderia ter dado à teoria política.[127]

Por outro lado, algumas objeções ao controle de constitucionalidade são populares. É comum encontrar críticas no sentido de que a atribuição aos juízes da suprema autoridade em matéria de interpretação é algo elitista, antirrepublicano e antidemocrático. Para Dworkin, essa ideia está assentada numa premissa muito difundida, mas pouco estudada, acerca de um vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria. Ele afirma que esse pressuposto a história americana sempre rejeitou, e que uma compreensão acurada de democracia permitiria aferir que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia.[128]

A leitura moral da constituição limita a liberdade de ação dos juízes enquanto indivíduos. Em primeiro lugar, de acordo com essa leitura, a interpretação constitucional tem de partir do que os constituintes (*framers*) disseram; além disso, do mesmo modo que nossos juízos sobre as palavras de amigos e desconhecidos têm de basear-se em informações específicas sobre eles e sobre o contexto em que foram ditas, o mesmo vale para nosso entendimento do que os constituintes disseram. Assim, é possível dizer que Dworkin não ignorava que somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos.[129]

Na leitura moral da constituição, portanto, os juízes não podem dizer que ela expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais intérpretes da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. Um juiz não pode determinar sua posição pessoal para concluir sobre a interpretação de um dispositivo abstrato – para Dworkin, isso "simplesmente não se

---

[127] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. p. 6.
[128] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. p. 7.
[129] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 7-9.

harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição."[130]

O juiz também não pode, em Dworkin, sem fugir à plausibilidade, pensar que a estrutura constitucional deixa a seus cuidados mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais – eles devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a constituição lhes confere. Aqui, portanto, residiria outra qualidade distintiva de juízes e cortes: a leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história de um país. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico. Esse esforço é reconhecido virtuosamente na acepção de Dworkin – os tribunais têm a responsabilidade de declarar a sua melhor compreensão daquilo que a Constituição proíbe e agir segundo essa compreensão. Isso não seria, de modo algum, antidemocrático ou contrário à forma republicana de Estado.[131-132]

Isso nos conduz a, posto que breve, entender uma faceta da concepção de democracia em Dworkin, que desembocará noutra qualidade privilegiada de juízes e cortes. Se hoje afirmar que democracia significa governo do povo é um truísmo, entretanto, nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias. As pessoas discordam acerca de tudo – quais técnicas de representação adotar, de que modo o poder será distribuído e qual periodicidade eleitoral instituir, quais modalidades de eleição implementar e quais outros arranjos institucionais constituiriam a melhor versão possível da democracia. Nessa pletora, uma das maneiras de conceber a democracia é a chamada premissa majoritária. A premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos

---

[130] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 7-12.

[131] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 12-15.

[132] Referindo-se a decisões da Suprema Corte como *Brown v. Board of Education* (caso emblemático na Supreme Court of the United States – SCOTS, no qual declarou-se ilegal a segregação racial nas escolas públicas [1954], revertendo decisão anterior em sentido contrário tomada pela Corte no caso *Plessy v. Ferguson* [1896]) e outras que expandiram a igualdade racial, a independência religiosa e as liberdades pessoais dos indivíduos, Dworkin afirma textualmente que tais decisões não apenas estão corretos do ponto de vista legal como também constituem exemplos brilhantes da estrutura constitucional norte-americana funcionando em sua melhor forma: "These decisions are now almost universally thought not only sound but shining examples o four constitutional structure working at its best" (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 12-13).

sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos mais importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir.[133]

Em Dworkin, a premissa majoritária não é a essência da democracia. Para ele, em certas ocasiões, a vontade da maioria não deve predominar. A maioria não deveria ser sempre a juíza suprema – seu poder se limita para protegerem-se os direitos individuais, e o repúdio judicial de leis populares que os violem – como a decisão do caso *Brown* – deve considerado não só correto mas legitimamente democrático. Ao rejeitar a premissa majoritária, Dworkin defende uma *concepção constitucional da democracia*. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas agregativas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. O Judiciário, enquanto fórum dos princípios, ofereceria em tese essa qualidade por meio do controle de constitucionalidade das leis.[134]

Em suma, é possível dizer que a concepção constitucional de democracia em Dworkin assume em relação ao governo majoritário a seguinte atitude: a democracia é considerada um governo sujeito às condições de igualdade de *status* para todos os cidadãos; quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse mesmo motivo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode objetar, descreditar, deslegitimar ou taxar de antidemocrático e antirrepublicano, justamente em nome da democracia, outros procedimentos – no caso, o *judicial review* – que garantam e respeitem as condições democráticas.[135]

---

[133] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 15-16.

[134] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 16-19; _____. The partnership conception of democracy. *California Law Review*, v. 86, n. 3, 1998. pp. 453-458.

[135] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 16-19. Nesse mesmo sentido, mas em outro texto, Dworkin chamara a objeção à democraticidade do *judicial review* de *cobra no jardim, o problema desagradável* da teoria constitucional. Veja DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. XXVIII, n. 2, 1990, pp. 324-346.

Assim, numa democracia, as decisões não podem ser todas tomadas com base apenas na perspectiva quantitativa, isto é, na quantidade majoritária de votos ou através da agregação de preferências dos cidadãos individuais. Está clara, aqui, a rejeição da concepção dworkiniana ao método agregativo puro, desprovido do controle substancial sobre a compatibilidade das consequências das escolhas políticas em relação aos direitos dos cidadãos que há, através da deliberação, no fórum dos princípios. No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, diria Dworkin, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação puramente quantitativa.[136]

Dessa maneira, a performance deliberativa dos tribunais considera princípios e, por isso, pode ser melhor, uma vez que não carrega consigo o peso dos números nem de eventual necessidade de equilíbrio da balança política. Muitas vezes o processo majoritário estimula a adoção de soluções concessivas, de meio-termo, que põem em segundo plano importantes as questões de princípio. Por isso a revisão judicial das leis pode ser um modo superior de deliberação republicana sobre alguns assuntos – o próprio Dworkin tratava a hipótese como uma possibilidade, pois não cria na existência de informações suficientes para afirmar categoricamente quer isso, quer o contrário disso. A deliberação pública depende, assim, ao lado de muitas outras coisas, também do modo pelo qual essas questões são concebidas e tratadas pelos juízes e demais agentes jurídicos. Deve ficar claro também que na teoria de Dworkin, não só os juízes devem discutir os mais elevados princípios políticos. Também seria o Legislativo um guardião dos princípios, inclusive dos princípios constitucionais.[137]

Alexy possui um raciocínio parecido. Sua premissa: a invalidação da legislação por juízes e cortes só pode ser possível se for compatível com a democracia. Por um lado, a legitimidade do Legislativo para representar o povo decorre dos votos e da eleição. E quanto à legitimidade democrática do Judiciário, que não se submete à eleição e nem ao controle do voto? Para Alexy, a jurisdição constitucional, apesar de não eleita, também é representantiva do povo – e assim o é pelo *argumento*. A revisão judicial das leis por juízes e cortes é compatível com os requisitos de legitimidade democrática porque se trata de uma *representação argumentativa* do povo. Um regime democrático, em Alexy, não pode ser feito apenas de eleição e regra majoritária. Esse seria um modelo de democracia puramente

---

[136] Cf. DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995. pp. 2-11.

[137] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1996. pp. 29-31.

decisório. Com a inclusão da argumentação, a democracia deixaria de ser apenas majoritária para se tornar deliberativa.[138]

O conceito alexyano de democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar, tanto quanto possível, o discurso e o argumento como meio de decisão pública. Enquanto a representação do povo pelo parlamento é, ao mesmo tempo, decisória e argumentativa, a legitimidade representativa da corte é puramente argumentativa. No entanto, ela fica sujeita a critérios de racionalidade, razoabilidade e correção – é necessário que as cortes apresentem argumentos considerados bons ou pelo menos qualitativamente plausíveis por um número considerável de pessoas racionais. Assim, é possível dizer que a representação argumentativa das cortes em Alexy não é comprada a qualquer preço. Demanda ao menos duas condições: *(i)* a apresentação de argumentos razoáveis ou corretos; e *(ii)* o filtro e o controle de racionalidade, por pessoas capazes, da adequação ou correção desses argumentos constitucionais.[139] Nesse sentido, a qualidade deliberativa distintiva de juízes e cortes estaria na sua capacidade argumentativa para apresentar razões plausíveis e juridicamente corretas.[140]

Christopher Eisgruber segue a mesma linha. Sua teoria, antes de tudo, nega que o propósito da Constituição americana seja restringir a democracia com base em regras e princípios estabelecidos há muito tempo.[141] Em vez disso, interpreta a Constituição como um dispositivo prático que inaugura e mantém um sofisticado sistema conjunto de instituições; combinadas, essas instituições são apropriadas para implementar e manter funcionando satisfativamente um autogoverno. A interpretação da Constituição, em Eisgruber, não constrange, mas serve à liberdade das gerações posteriores: suas disposições abstratas não devem ser encaradas como mensagens codificadas do passado que privam os cidadãos do

---

[138] ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005. pp. 572-581.

[139] "This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct. One might call these persons, by analogy to John Rawls's concept of the liberal person, 'constitutional persons'" (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005. p. 580).

[140] Sobre a possibilidade de fundamentação racional das decisões jurídicas em Alexy, consulte ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. – 2. ed. – Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2014. Sobre se a ciência do direito dispõe de critérios e regras que permitam distinguir entre fundamentações corretas ou falsas, principalmente quanto a direitos fundamentais, veja ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. – 2. ed. – Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2014, em especial os terceiro e décimo capítulos.

[141] Apenas enquanto na teoria de Eisgruber, o termo Constituição grafado com inicial maiúscula refere-se à Constituição norte-americana.

poder de governarem a si próprios, mas como um convite que os convoca a exercitar seu melhor julgamento sobre a moral e princípios políticos.[142-143]

A revisão judicial é tratada com um espírito similar. Eisgruber nega que o poder da Suprema Corte de revisar a legislação seja atribuído à sua *expertise* jurídica; nega, também, que a revisão judicial possa interferir de alguma forma na tomada de decisão democrática. Ele sustenta que o Supremo Tribunal deve ser entendido como uma espécie de *instituição representativa* bem estruturada para falar em nome do povo sobre questões morais e de princípios políticos. Apesar de não serem eleitos, os juízes da Suprema Corte têm o que Eisgruber chama de *pedigree* democrático: depois de selecionados por um processo no qual interessam opiniões políticas e habilidades jurídicas, eles não mais precisam se preocupar em perder seu emprego – permanecem, a partir de então, no ápice de sua profissão. Por esse motivo, são capazes de perseguir argumentos de política de uma forma baseada essencialmente em princípios, desvinculados de dívidas partidárias.[144] O argumento pode ser melhor explicado.

Eisgruber considera que a representação popular não deve decorrer apenas das eleições. Um bom governo representativo deve levar em conta as complexidades que marcam a pós-modernidade em conta – isso abrange compreender o pluralismo das convicções das pessoas sobre o que é certo e o que está sob seu interesse, mas, acima de tudo, também refletir em que medida o julgamento dessas pessoas sobre valores fundamentais estão impregnados por particularismos. O Congresso e o Presidente, por exemplo, podem procurar agradar os eleitores apenas para se reelegerem. Nesse ponto, é possível que sua representação se torne viciada por interesses. Mas os juízes da Suprema Corte, dirá Eisgruber, porque eles têm tanto o *pedigree* democrático e a liberdade de se comportar desinteressadamente, em razão de sua estabilidade, ocupam um *locus* privilegiado: estão, em tese, na melhor posição para representar as convicções das pessoas, sem vícios fisiológicos, acerca daquilo que é certo. E isso exatamente porque não se submetem, a exemplo dos políticos, às eleições para manterem

---

[142] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 1-5.

[143] Para Laurence Tribe, a interpretação constitucional é um verdadeiro empreendimento legal, uma arte interpretativa que descobre verdades teimosas do texto, sua estrutura e história. Cf. TRIBE, Laurence. Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 108, n. 6, 1995. pp. 1221-1303.

[144] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 5-9.

seus cargos. Esta seria uma das contribuições distintivas de juízes e cortes para a democracia.[145] É possível, contudo, descer mais um pouco neste raciocínio.

Tomemos o exemplo dos textos legislativos. Eisgruber não vê na textura aberta da Constituição um problema. Ele trata esse fato sob uma perspectiva distinta: a indeterminação da linguagem, como já dito, seria um convite para que os juízes se envolvam em argumentos de princípios sobre questões morais e políticas; ela quem outorga permissão, especialmente aos magistrados da Suprema Corte, para falar em nome do povo americano sobre justiça. Com efeito, a vagueza da norma seria útil para o autogoverno constitucional: ajuda a estabelecer uma estrutura institucional que implementa a democracia da forma mais eficaz do que um sistema puramente legislativo-majoritário, baseado na mera agregação de votos, poderia fazer. Nesse ponto, o Judiciário contribui para o sistema político; não fosse assim, a comunidade se veria sensivelmente refém dos desejos e interesses pessoais das pessoas no processo de tomada de decisão coletiva visando o bem-comum.[146]

O próprio debate na seara judicial contribuiria para o aperfeiçoamento institucional e democrático. Considere, por exemplo, que juízes liberais e conservadores, invariavelmente, divergem acerca de argumentos de princípio e, como resultado, produzem diferentes interpretações sobre o que significa a Constituição. Não havendo como contornar essas divergências no curto prazo, ao longo do tempo o progresso moral desabrocharia: as pessoas desenvolvem novas teorias e argumentos, e as novas gerações reconsideram os preconceitos de seus pais. O tempo seria o responsável por maturar a melhor visão e, espera-se, rejeitar a pior. Eisgruber não só legitima o desacordo como explica, inclusive, como eles podem contribuir para o autogoverno democrático. Assim, a fiscalização jurisdicional da legislação não seria apenas democraticamente legítima, mas em determinadas circunstâncias até mesmo desejável: pode ajudar a democracia a florescer.[147-148]

Num exercício de síntese, é possível apontar o pensamento de Eisgruber sobre a Suprema Corte como uma instituição democrática em quatro aspectos: *(i)* juízes possuem vitalicidade e bons empregos, o que os torna estáveis e os isola da atração de interesses

---

[145] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 10-45.

[146] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 79-108.

[147] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 10-45.

[148] Essa visão um pouco mais aprofundada sobre o funcionamento da democracia em Eisgruber permite compreender como o autor enxerga na Suprema Corte um tipo sofisticado de instituição representativa: sua atuação e existência não mina o processo democrático; ao revés, seria um fator institucional dotado de mecanismos capazes de implementar uma compreensão complexa, estruturada, qualitativa, estável, não-majoritária e engajada substantivamente com a democracia.

distorcivos que poderiam influenciar negativamente uma interpretação fundada em princípios; *(ii)* o voto dos juízes possui um impacto decisivo, e essa grande repercussão funciona como um incentivo para que assumam a responsabilidade pessoal por suas escolhas; *(iii)* juízes devem dar conta pública de seus argumentos, o que coloca sua reputação em jogo sempre que proferem uma decisão; e *(iv)* juízes são nomeados com base em suas visões e conexões políticas, o que torna improvável a ascensão de sensos radicais de justiça, isto é, pensamentos agudamente em desacordo com o *mainstream* político nacional.[149] O autor, no entanto, dá um passo além.

Além de estar habilitada democraticamente, Eisgruber considera que a Suprema Corte pode contribuir peremptoriamente para o florescimento da democracia. Apesar de reconhecer a importância das eleições livres na proteção da tirania das minorias, afirma que não pode se extrair daí a automática conclusão de que a melhor instituição para representar o povo será sempre aquela marcada pela regra da maioria.[150] Segundo pensa, um bom governo democrático deve perseguir também a imparcialidade: deve responder aos interesses e opiniões de toda a comunidade, e não apenas servir à maioria ou a alguma porção privilegiada bem organizada.

A regra da maioria pode influenciar em grande medida a direção de um governo, mas não deve influenciá-lo por completo; os interesses e direitos individuais da minoria também devem estar a salvo. Esta concepção de democracia enfatiza o ideal da imparcialidade, chamando a atenção para imperfeições do modelo puramente eleitoral, quantitativo, que, apesar de tudo, continua a representar o povo. Para balancear esse quadro, atuando como um contrapeso, o modelo deliberativo judicial é considerado um complemento à democracia baseada exclusivamente na regra majoritária.[151]

Juízes seriam, numa palavra, *desinteressados*. É claro que o desinteresse não significa assepsia moral ou política – não há como os juízes decidirem de forma neutra. Mas o fato de não terem de se submeter aos fisiocratas para, por exemplo, alcançarem reeleição, permite que decidam com base em um juízo de princípios – um julgamento, noutras palavras, sobre o

---

[149] Os três primeiros aspectos aumentam a probabilidade de juízes decidirem questões morais de maneira desinteressada; o último aponta a tendência de que o raciocínio judicial convirja e incorpore de forma mais ampla a discussão sobre questões morais em andamento na sociedade. Combinados, esses aspectos tornam a revisão judicial das leis um dispositivo razoável para decidir imparcialmente questões morais – para decidi-las, em outras palavras, com base em razões morais que gozam de apelo popular. Cf. EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 70-71.

[150] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 45-60.

[151] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 70-75.

sentido apropriado do texto sob uma ótica jurídica, não em relação ao que é bom para seu futuro ou para seus bolsos.[152]

As pessoas tendem a considerar a revisão judicial um constrangimento ao processo democrático – situação que Dworkin chamou de *cobra no jardim*.[153] Para Eisgruber, esse é um erro. O *judicial review* é um ingrediente desejável neste processo. Juízes não-eleitos, especialmente os da Suprema Corte, constituem uma instituição representativa com características especiais – combinam o *pedigree* democrático com desinteresse e responsabilidade moral. Embora não tenha havido eleições, eles representam o povo. São escolhidos politicamente, nomeados e sabatinados por agentes eleitos. A vitaliciedade e toda a estabilidade que o cargo proporciona lhes permitiria abordar as questões morais de maneira desinteressada, fluindo um esforço genuíno para distinguir entre o certo e o errado desvinculando de interesses pessoais.

O Judiciário, ao menos em tese, seria então um ambiente propício para tomar decisões corretas, para exercer o dever moral e não a cordialidade, no sentido que Sérgio Buarque de Holanda atribuiu.[154] Uma instituição desta estirpe, segundo Eisgruber, é muito útil – o povo necessita de uma instituição que reflita seus julgamentos sobre justiça, em vez de escolhas particularistas. No entanto, a legitimidade da revisão judicial acompanha a competência dos juízes para desempenhar o papel que lhes é atribuído; e onde essa competência falha, falha também o argumento.[155]

Dessa forma, se as sociedades complexas e plurais, marcadas por profundos desacordos sobre as mais variadas questões morais possuem como tarefa implementar medidas que efetivem a discussão ampla, sem sufocar opiniões divergentes, devendo promovê-las de forma imparcial, a revisão judicial afigura-se como um mecanismo razoável. Eisgruber insiste que questões morais sejam decididas com base em questões morais, e não através de grupos de interesse. Assim, o Judiciário supervisionaria as outras instituições sem deslocá-las. Melhoraria a deliberação pública, incentivando pessoas a discutir questões

---

[152] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 59.

[153] Veja DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution*: w*e the people in court. *Alberta Law Review*, v. XXVIII, n. 2, 1990, pp. 324-346.

[154] O homem cordial considera o Estado uma ampliação de seu círculo familiar e uma extensão para integração de agrupamentos; um balcão para exercício de vontades particularistas. Ele não distingue entre o público e o privado, e torna a gestão política um assunto de interesse particular. Cf., nesse sentido, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. – 27. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2014, em especial o capítulo quatro – *O homem cordial*. pp. 169-182.

[155] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. pp. 77-78.

políticas fundamentais com base na razão e não na influência. Contribuiria, assim, para a otimização do autogoverno de um povo.[156]

Finalmente, Ferejohn e Pasquino argumentam que, de um modo geral, espera-se que as cortes demonstrem razões plausíveis para as suas decisões, por meio de argumentos que possam ser respeitados por sua consistência, independentemente de interesses. Desse modo, a expectativa deliberativa nutrida em relação ao Judiciário possuiria duas faces: numa, os argumentos que devem ser utilizados devem ser compreendidos e acolhidos por sua ordem racional e coerência com o ordenamento jurídico; noutra, considerando que as cortes são instituições colegiadas, os argumentos decisórios passariam por um processo interno de discussão guiados pelos procedimentos normativos da própria corte. A atuação judicial, nesse sentido, desdobrar-se-ia dos princípios democráticos, sendo assim legítima.[157]

II

DELIBERAÇÃO E AGREGAÇÃO, CONSENSO E MAIORIA: O PROBLEMA DO JULGAMENTO COLEGIADO

Ideologia, paixões, religiosidade, particularismo, interesse pessoal, casuísmo, argumento de autoridade ou *ad hominem* – ao contrário do que geralmente ocorre com poderes políticos *stricto sensu*, a nada disso deve genuflectir uma decisão judicial, que, sem reservas, necessita render valores políticos de justiça e de razão pública. Nas últimas linhas, vimos como alguns dos principais teóricos do direito normativamente atribuem ao Poder Judiciário e, em especial, às Supremas Cortes, a especial atribuição de *locus* exemplar de razão pública – apesar de alguma variação nas versões, é traço comum que a capacidade argumentativa e a racionalidade privilegiam o processo decisório judicial e, consequentemente, a qualidade das suas decisões.

No fórum dos princípios, portanto, para generalizar a expressão de Dworkin, um modelo puro de decisão quantitativa não é adequado. Tomar votos por cabeça, apenas aglutinando preferências, apesar da regra da maioria, não dança a mesma valsa que um conceito mais apurado de democracia. Para evitar a autoimolação, a deliberação assume papel

[156] EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 108.

[157] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 25.

fundamental. Daí a pergunta: é consenso que juízes e cortes, diferentemente de outros agentes estatais, vão além de simplesmente tornar públicas suas ordens ou decisões? Na prática, o ônus deliberativo que se lhes atribui tem sido satisfeito a contento? Essas são as inquietações que animarão esta subseção e que, com a apresentação de algumas das críticas existentes, aplainarão a passagem para o próximo passo da dissertação.

Talvez seja Jeremy Waldron, desde Alexander Bickel, um dos maiores opositores do *judicial review* na atualidade.[158] A discussão sobre a *cobra no jardim* da teoria constitucional encontrou, no debate entre Waldron e Dworkin, uma das suas mais conhecidas caricaturizações contemporâneas.[159-160] Antes de passar à objeção específica formulada por Waldron à qualidade deliberativa de juízes e cortes, existe um elemento central de toda sua produção teórica que precisa ser explicado, ainda que de forma resumida. Waldron defende a maximização da participação popular. Seu ponto de partida são os desacordos, cuja existência considera inegável. Os desacordos seriam uma das marcas das sociedades plurais complexas. Waldron observa que quase todos os aspectos da organização social e da política suscitam profundos, permanentes e generalizados desacordos entre os indivíduos. Os cidadãos discordam acerca de tudo a todo o tempo.

Se o desacordo é um fato inevitável, há a necessidade de encontrar uma via adequada para resolver as disputas – é necessário estabelecer e reconhecer uma *autoridade*. Nesse contexto, o direito à participação é, para Waldron, *o direito dos direitos* – seu exercício é particularmente apropriado em situações nas quais os portadores de direitos (*rights-bearers*) discordam acerca de quais direitos possuem, já que a participação e a decisão majoritária se mostram como as únicas ferramentas consistentes com a ideia de que todas as pessoas são fundamentalmente iguais. "O que afeta *a todos* deve ser decidido *por todos*." Aqui reside a principal crítica de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade: soa insultante que não sejam os próprios portadores de direito que tenham a seu cargo a discussão sobre quais são e como devem ser interpretados seus próprios direitos.[161] Este argumento é importante e é preciso melhor encaixá-lo.

De um modo geral, Waldron opõe sérias dúvidas sobre as virtudes de argumentação e raciocínio judiciais como meio para melhorar a realização democrática. Ele não acredita no

---

[158] Cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

[159] Para uma abordagem completa deste debate, consulte MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

[160] Por exemplo, Waldron destina explicitamente os seus sétimo e nono capítulos de *Law and disagreement – Rawls's Political Liberalism* e *The Circumstances of Integrity* –, respectivamente, para criticar as teorias de Rawls e Dworkin.

[161] WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999b. pp. 11, 213, 244-254.

potencial deliberativo de juízes e cortes e atribui ao parlamento toda a legitimidade que o povo predicaria participando diretamente. Comprometido com a defesa de uma concepção majoritarista da política, julga de forma negativa a constitucionalização de uma carta de direitos e qualifica como desrespeitosa à dignidade das pessoas os esforços de defender um sistema de controle judicial como o que hoje se conhece, afirmando que dito mecanismo contramajoritário viola os próprios valores que pretendemos proteger mediante o instrumento dos direitos.[162]

Com efeito, para tornar mais claros os traços de uma das principais objeções de Waldron, Gargarella e Martí oferecem um bom panorama que nos pode ser útil. Eles assim sistematizam e sequenciam os argumentos críticos de Waldron à revisão judicial: *(i)* a existência de uma carta de direitos exige interpretações posteriores; *(ii)* tais interpretações serão sempre controvertidas em sociedades marcadas pelo desacordo; *(iii)* se confiamos nos indivíduos (tal como se deduz do próprio fato de que queremos proteger com direitos sua capacidade para atuar autonomamente), então não devemos privá-los do direito de refletir livremente sobre os assuntos que lhes são mais importantes, incluindo os relacionados ao conteúdo e alcance de seus direitos.[163-164]

Chegamos, aqui, a um ponto especialmente relevante da teoria de Waldron. Em oposição às qualidades deliberativas que vimos acima, ele chama a atenção para o fato de que os juízes também tomam suas decisões através do voto e, em geral, aplicando a regra da maioria. Em outros termos, os juízes se desentendem entre eles tanto como os próprios cidadãos e legisladores – e acabam por decidir da mesma maneira. Se inexiste um elemento distintivo entre um processo decisório e outro, haveria então uma autocontradição: como afirmar que as questões de direito não podem e nem devem ser resolvidas através do peso do maior número – o modelo agregativo, majoritário puro – e resolvê-las pelo mesmo método? Se os defensores do *judicial review* consideram a tirania da maioria uma forma

---

[162] WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999b. pp. 10-17 e 285; GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio preliminar. La filosofia del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. pp. *xx*, *xxi*.

[163] GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio preliminar. La filosofia del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. *xxvii*.

[164] Waldron critica que os filósofos do direito estariam intoxicados de tribunais e cego a quase todo o resto pelos encantos da justiça constitucional. Assim, pouco se tem estudado sobre a composição dos parlamentos, a autoridade da legislação ou como deve ser interpretada uma lei de maneira a respeitar sua autoridade. Consulte, no original, WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999b. p. 9.

particularmente inaceitável de decidir, por que quando um tribunal também decide por meio de uma votação majoritária simples não se fala igualmente em uma tirania da maioria?[165]

O ponto é relevante para o nosso contexto. Waldron põe em xeque o principal argumento dos defensores do *judicial review*. Procedimentos majoritários são criticados pela possibilidade de resultados injustos ou tirânicos. "And so they may."[166] Ele toma a Suprema Corte dos Estados Unidos como exemplo. E diz: as decisões são tomadas por votação, cinco votos prevalecem sobre quatro independentemente do mérito das decisões individuais. Não há uma diferença de método de decisão, mas de composição – eles mantêm o princípio da regra da maioria, porém agora aplicado por um órgão composto por nove indivíduo, em vez de um corpo de centenas (no caso de um parlamento) ou milhões (no caso de iniciativa popular). Assim, por mais que Rawls tenha se esforçado em tornar as Supremas Cortes o *locus* da razão pública, Waldron insiste no fato de que as divergências entre os juízes sobrevivem aos seus melhores esforços deliberativos.[167-168]

Waldron elabora, então, uma série de questionamentos sobre a legitimidade deliberativa de juízes e cortes: por que esses juízes e juízas sozinhos devem decidir um problema que afeta a todos? E mesmo se se deixasse a cargo destes nove homens e mulheres [referindo à Suprema Corte norte-americana] a decisão, por que no final ela continua sendo alcançada pelo mesmo sistema de voto de maioria simples?[169] Ele afirma que não há respostas às perguntas – os defensores do *judicial review* silenciariam sem oferecer justificativas teóricas consistentes para sua objeção.[170] De toda forma, o ponto é: não há explicação para o

---

[165] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. pp. 1346-1406.

[166] WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993. p. 33.

[167] O desenvolvimento completo deste argumento pode ser encontrado em WALDRON, Jeremy. Deliberation, disagreement, and voting. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. *Deliberative democracy and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1999a. pp. 215-224.

[168] Waldron sustenta que o processo decisório no âmbito legislativo, em países que não possuem o *judicial review*, é tão ou mais rico quanto naqueles que o têm. Ele cita o caso britânico como exemplo, sobre a discussão acerca do aborto. Consulte WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. pp. 1384 e seguintes.

[169] É o próprio Waldron quem responde: "Here, the situation gets worse for defenders of judicial review. I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers. I know they produce reasons and everything we discussed above. But in the end it comes down to head-counting: five votes defeat four in the U.S. Supreme Court, irrespective of the arguments that the Justices have concocted" (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. pp. 1391-1392).

[170] "One reason for this is that defenders of judicial review prefer not to talk about the use of simple majority voting among the Justices on issues of rights. They want to be able to condemn majority voting on rights as a characteristic of legislatures. If pressed, they will acknowledge that, of course, judges decide issues by, say, 5-4 or 6-3 majorities on the Supreme Court. But I have never, ever heard a defender of judicial review introduce this into discussion himself or herself, let alone undertake to explain why it is a good idea" (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. p. 1392).

fato de que a juízes e cortes é dado utilizar o método agregativo para decidir sobre questões de princípio e a legisladores, não. O argumento sobre o problema da legitimidade do procedimento decisório majoritário deixa de ser específico do Legislativo e passa a se fazer presente em outras formas de organização política – a isto Waldron chama de *a aristocracia* ou *o governo do Judiciário*. A legitimidade, assevera, é uma questão que perpassa todas as formas de autoridade pública.[171]

Em outro texto, Waldron sintetiza sua crítica: não se trata de substituir um processo majoritário por um processo não-majoritário; em suas palavras, estamos falando de substituir "um processo conduzido por um quarto de trilhão de pessoas que têm direitos e seus representantes, por um processo majoritário conduzido por nove homens e mulheres na Suprema Corte."[172-173] Este argumento ganha força, por exemplo, em Posner, que afirma ter Waldron olvidado de destacar que a questão não é apenas sobre decidir através do voto – os juízes, segundo Posner, quando deliberam, raramente se engajam numa interação livre, espontânea. Pelo contrário, falam por turnos numa sequência determinada pela antiguidade, cuidam de não interromperem uns aos outros, e a quantidade e intensidade de uma discussão resulta inversamente proporcional à profundidade da convicção que cada juiz possui a respeito do ponto que se discute. Em comparação com os juízes, afirma, os jurados, que discutem durante horas ou dias sobre um caso particular, representariam melhor um modelo de deliberação.[174]

O contexto brasileiro tem sido um laboratório interessante nesse sentido. Alguns pesquisadores têm se dedicado a estudar o Supremo Tribunal Federal, interessados em analisar seu potencial deliberativo. Como os argumentos a favor do *judicial review* orientam a prática decisória nos tribunais? Três críticas foram consideradas relevantes. Emitidas por estudiosos brasileiros, cuidam especificamente das condições locais: Virgílio Afonso da Silva, Conrado Hübner Mendes e Luiz Guilherme Marinoni. Os dois primeiros afirmam que o Supremo Tribunal Federal possui uma performance deliberativa baixa, enquanto este último

---

[171] WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, 1998. pp. 335-355.

[172] WALDRON, Jeremy. Disagreement on justice and rights. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 1, 2002. p. 7.

[173] "Você pode escrever num periódico, preparar uma petição às autoridades e organizar um grupo de *lobby* frente ao parlamento. Além do que pudera sonhar em seus melhores sonhos, chega a lograr êxito em seu empreendimento, ganhando o apoio de um grande número de homens e mulheres que pensam como você e, obtendo assim uma vitória no parlamento, então, pode ocorrer que sua medida seja desafiada e invalidada porque sua visão sobre os direitos não coincide com a visão que os juízes têm a respeito." No original, veja WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993. p. 51.

[174] POSNER, Richard. Review of Jeremy Waldron, Law and disagreement. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000. p. 584.

diagnostica os reflexos dessa característica na dinâmica do julgamento colegiado e na formação de precedentes.[175]

Silva, em 2005, publicou *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Neste artigo, alertou que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, necessita falar *como instituição*, de forma *clara*, *objetiva*, *institucional* e, sempre que possível, *única*. Para alcançar uma decisão institucional e única, registrou, o meio mais adequado seria a deliberação do tipo interno. Silva observou as seguintes características no processo decisório do Supremo Tribunal Federal: *(i)* a quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros – isto é, nos casos importantes, os ministros levavam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estavam ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; *(ii)* a inexistência de unidade institucional e decisória – o Supremo não decidia como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e *(iii)* a carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal – como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Tribunal eram publicadas como uma soma, uma espécie de colagem, de decisões individuais, sendo muitas vezes extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os Ministros que votaram em um mesmo sentido, poderiam tê-lo feito por razões distintas.[176]

Silva afirma que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si – não há deliberação interna na Corte, busca de clareza ou de consenso e tampouco concessões mútuas entre os magistrados. Assim, se no contexto brasileiro o Supremo, no exercício do

---

[175] Os três autores possuem uma profícua produção bibliográfica e, entre outras características, são conhecidos na comunidade acadêmica por conseguirem manter, ao longo dos anos, alta taxa de produtividade aliada à qualidade e rigor técnico-científico. De certo modo, a espinha dorsal de seus respectivos raciocínios exposta em textos já publicados pode ser verificada, em maior ou menor escala, em algumas de suas publicações posteriores, até mesmo por uma questão de coerência intelectual. Portanto, sem prejuízo de outros lugares, as críticas específicas utilizadas nesta subseção foram extraídas dos textos a seguir indicados. Virgílio Afonso da Silva: SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, p. 557-584; _____. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v 9, n. 2, 2017. pp. 209-240; _____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250. 2009. pp. 197-227; Conrado Hübner Mendes: MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 357-361; _____. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 115-153; Luiz Guilherme Marinoni: MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2017. pp. 357-394; _____. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a; _____. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 873-920.

[176] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250. 2009. p. 211-217.

controle de constitucionalidade, deveria ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade estava diretamente relacionada à qualidade de suas decisões, é preciso repensar a forma com que deliberam. O modelo brasileiro necessitaria ser aperfeiçoado, mas não através da importação de fórmulas prontas, desse ou daquele tipo de ação judicial. Soluções localizadas exigem discussões específicas sobre a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, sobre formas de incrementar a interação entre os Ministros e as possibilidades de diálogo. A principal medida seria tornar o Tribunal uma instituição com voz própria – e não a soma de onze vozes dissociadas.[177]

Em 2013, Silva realiza, então, um estudo de caso sobre a qualidade deliberativa do Supremo Tribunal Federal. Com a publicação de *Deciding without deliberating*, sustentou que variáveis comumente negligenciadas por teóricos, como as regras internas dos tribunais e práticas naturalizadas na arena decisória, influenciavam na deliberação. Ao fomentarem ou obstruírem a prática deliberativa, tais variáveis poderiam afetar, positiva ou negativamente, a própria legitimidade das cortes. Sua hipótese também indicou que diferentes resultados poderiam ser obtidos caso outras regras fossem formuladas ou outras atitudes fossem incentivadas e praticadas. A premissa: quanto mais as regras de organização interna e práticas costumeiras de uma corte incentivarem à deliberação racional, mais legitimidade terá o controle de constitucionalidade das leis realizado por essa corte.[178]

Para que a deliberação nas cortes aconteça, Silva enxerga a necessidade de existência de colegialidade e da assunção de uma posição deliberativa, orientada para o consenso, em detrimento da agregação e da regra da maioria em sua forma pura. Sobre a colegialidade, aponta que as cortes são órgãos colegiados, isto é, suas decisões são tomadas por grupos de juízes. Mas disso não decorre automaticamente a existência de colegialidade, que implica, dentre outras coisas: *(i)* a disposição para trabalhar como uma equipe; *(ii)* a inexistência de hierarquia entre os juízes (pelo menos no sentido de que os argumentos de qualquer dos juízes possuem o mesmo valor); *(iii)* a disposição para ouvir argumentos promovidos pelos outros juízes (isto é, estar aberto a ser convencido por bons argumentos dos demais juízes); *(iv)* a cooperação no processo de tomada de decisão; *(v)* o respeito mútuo entre os juízes; *(vi)* a disposição para falar, sempre que possível, não como a soma de indivíduos, mas como uma instituição (deliberação orientada pela busca do consenso). A colegialidade é condição para a

---

[177] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250. 2009. p. 219-221.

[178] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 557-559.

deliberação nas cortes, pois há uma relação direta entre elas: quanto mais elementos da colegialidade estiverem presentes, maior será o potencial deliberativo da corte.[179]

Sobre o segundo ponto, Silva questiona: no modelo deliberativo, se ganha ou se decide? A principal distinção entre o modelo deliberativo e o modelo agregativo é examente essa: nos parlamentos, por exemplo, onde impera o modelo agregativo-majoritário, o objetivo é vencer – ganhar é o único meio de implementar o que determinado grupo pensa sobre a correção de uma determinada política; os partidos raramente são convencidos pelos argumentos de seus adversários. Quando se defende que as cortes são legitimadas a exercerem o *judicial review* em razão de seu potencial deliberativo distinto, não se imagina uma lógica adversarial, na qual se pretende ganhar a qualquer custo – se supõe que as informações serão compartilhadas livremente, com os participantes trabalhando em equipe, tentando estabelecer algum tipo de sinergia no sentido de atenuar os efeitos da racionalidade limitada, abertos a novos argumentos e a eventualmente mudarem de opinião quando confrontados com bons argumentos, com um meta de alcançar consenso. Se o tribunal, no entanto, age ao contrário disso, isto é, voltado à deliberação externa e à contagem de votos, nada acrescentam ao sistema democrático.[180]

O autor, então, indica as seguintes características de um tribunal deliberativo: *(i)* ele não deve decidir da mesma maneira que os órgãos legislativos; *(ii)* os membros não devem produzir decisões com fundamentação rasteira, ou para audiências externas, por não acreditarem que podem convencer ninguém dentro do tribunal; *(iii)* o resultado final não deve ser conduzido pela lógica binária *constitucionalidade-inconstitucionalidade*, isto é, decorrente da mera contagem de votos, sem dar a devida atenção a bons argumentos; *(iv)* deve haver motivos para continuar deliberando mesmo após atingir a maioria; *(v)* os argumentos do lado considerado minoritário devem importar à decisão final; *(vi)* a opinião do tribunal não deve ser sinônimo da simples opinião da maioria.[181]

De modo geral, no caso do Supremo Tribunal Federal, Silva nota a existência de deficiências deliberativas e conclui que, de fato, não há deliberação entre os Ministros – ele afirma que os pressupostos deliberativos indicamos acima ocorrem inversamente na Corte, a qual, portanto, não estaria apta a cumprir as vantagens prometidas pela literatura pró-*judicial*

---

[179] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 562-564.
[180] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 564-565.
[181] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 565-567.

review.[182] O Supremo apresentara unidade institucional disforme, com a qualidade de seu processo decisório e potencial deliberativo afetados, espraiando efeitos diretos à sua legitimidade.[183] O processo decisório seria puramente agregativo: cada Ministro escreve sua opinião individualmente e todas são publicadas, não havendo uma opinião *da Corte*, mas uma série de onze opiniões escritas. Nesse sentido, ele pôde verificar que algumas circunstâncias específicas obstaculizam a livre prática deliberativa na Corte, criando uma espécie de trajetória da dependência (*path dependence*) a impedir o desenvolvimento de uma cultura deliberativa.

De modo específico, analisando as regras do Supremo, Silva apontou uma série de vícios, deste entre os quais se destacam os seguintes: *(i)* o papel quase que irrelevante do relator;[184] *(ii)* a forma de comunicação entre os Ministros, comumente realizada por meio da leitura subsequente de opiniões;[185] e, por fim, *(iii)* a possibilidade indiscriminada de interrupção da sessão plenária antes da cada ministro ter tido a oportunidade de expressar suas visões sobre o caso, por meio do voto-vista – *time to think, but alone*, na expressão utilizada pelo autor. Como consequência, apontou a manutenção do não-compartilhamento de informações privadas e a corroboração da racionalidade limitada.[186]

Em relação às práticas naturalizadas como costumeiras na Corte, são obstáculos à deliberação: *(i)* a postura advocatícia adotada pelos Ministros, isto é, interessada em vencer a qualquer custo;[187] *(ii)* a ausência de interação orientada para o consenso e o individualismo

---

[182] "At the extreme – and it is possible to state that this extreme would be cases in which all the six assumptions mentioned above would turn out to be true – it is possible to argue that certain courts, or certain institutional arrangements behind them, are not able to carry out some of the promises made by the pro-judicial review literature. This is the case of the Brazilian Supreme Court" (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, p. 566).

[183] "Since I assume that picking only those examples that fit the argument is not a fair strategy, the case study that follows definitely does not follow this pattern. Indeed, although I am convinced that courts can be an attractive deliberative body, the case of the Brazilian Supreme Court shows how internal organization and deliberative practices may affect the institutional unity, the quality of reasoning, and the overall deliberative potential of a court. As a result – at least as I see it – the legitimacy of judicial review is also affected" (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, p. 567).

[184] A opinião do relator não é distribuída anteriormente, é "revelada" apenas no dia da sessão plenária, fazendo com que os outros Ministros redijam suas opiniões sem saber a opinião dos demais. A principal implicação disso é que os Ministros acabam podendo, no máximo, apoiar ou rejeitar os argumentos *das partes* e de todos aqueles que de algum modo participaram do processo antes da sessão, mas dificilmente rejeitarão, pelo menos de forma direta, os argumentos *do relator* ou *dos outros Ministros*, uma vez que não conhecem e não têm acesso a eles quando da elaboração do voto.

[185] O processo de tomada de decisão no Supremo consiste na elaboração separada de opinião por cada membro, o que acaba transformando a sessão de julgamento numa sessão de leitura de voto.

[186] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 569-576.

[187] Incluído o não-compartilhamento de todas as informações disponíveis com os pares, principalmente as contrárias à posição sustentada, e a citação de precedentes e trabalhos acadêmicos apenas para corroborar a tese defendida.

judicial; *(iii)* a publicidade extremada;[188] e *(iv)* a tendência a desconsiderar os votos dissidentes e enxergá-los apenas como vencidos.[189] Silva indica que a Suprema Corte brasileira é extremamente não-cooperativa e individualista, e afirma: se boas práticas deliberativas são uma fonte de legitimidade para o *judicial review*, como pressupõe, o resultado do estudo de caso realizado seria claro no sentido de que Suprema Corte tem um déficit de legitimidade.[190-191]

As críticas de Conrado Hübner Mendes possuem um tom similar: em *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*, publicado em 2011, o autor registrou sintomas preocupantes a sugerir um caráter predominantemente agregativo na Corte. A baixa frequência de mudança de posicionamento individual, a elaboração de votos antes da sessão de julgamento, a rígida formalidade da sequência de votos, o uso indiscriminado e não-fundamentado do voto-vista – todas essas circunstâncias parecem evidenciar a ausência de consciência do valor da convergência de votos individuais no Supremo. Mais do que isso: segundo Mendes, não haveria na Corte sequer um esforço na composição dos votos para alcançarem um mesmo ponto de chegada.[192]

Para o autor, há um traço individualista evidente na prática decisória do Supremo. A substituição da autoria institucional por uma autoria unipessoal resultaria no proferimento de votos como se fossem uma peça de erudição individual.[193] Na opinião de Mendes, em resumo, prevalece na Corte um caráter agregativo, o que evidencia o seu baixo grau de institucionalidade. Nesse sentido, as críticas de Waldron parecem encontrar ressonância na nossa realidade decisória. São isolados os casos em que os membros do colegiado entram na discussão constitucional sem a certeza determinante da melhor resposta, ou ao menos

---

[188] A publicidade excessiva e individual acaba escancarando a influência social dos membros da Corte, de modo a reduzir a possibilidade de modificação da opinião original – as pessoas tendem a não mais admitir publicamente que os argumentos alheios são melhores, ou que as razões apresentadas anteriormente se mostraram inadmissíveis.

[189] Se a maioria decisora formada não quer ser apenas *a maioria*, devem possuir os melhores argumentos. Para isso, precisam tentar demonstrar que os argumentos dissidentes estão incorretos

[190] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, pp. 577-584.

[191] Para uma visão dos próprios membros e ex-membros da Corte sobre as práticas deliberativas no Supremo Tribunal Federal, veja SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v 9, n. 2, 2017. pp. 209-240.

[192] MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 357-361.

[193] "[...] quando não escorrega para exercícios beletristas fora de lugar, ou quando não reproduz o estilo de um manual didático enciclopédico, perdendo qualquer contato com o caso concreto" (MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359). Efeito disso seria o próprio proferimento de decisões prolixas, carregadas de argumento de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição clara, coerente e argumentativamente objetiva.

dispostos a revisar alguma inclinação pela solução correta. Para Mendes, essa atitude contraria a ética da deliberação – reconhecer que é possível forjar a melhor resposta no próprio fórum público pode também significar modéstia cognitiva e honestidade intelectual. Num lugar onde as pessoas não precisam recear que admitir ignorância em uma questão pode ser entendido como ignorância geral, diria Elster, a deliberação é mais provável de ocorrer.[194]

Em outro texto, comentando o acórdão proferido pela Corte na Ação Penal 470 – *Caso Mensalão*, Mendes indicou a ampla influência da opinião pública em sua fundamentação. O Supremo estaria no auge de seus vícios decisórios e com forte incentivo do chamado giro constitucional (*constitutional turn*), isto é, caracterizado por um enigmático neoconstitucionalismo combinado com o paradigma pós-positivista. Essa renovação da adjudicação constitucional afetara drasticamente seu processo decisório – tem-se assistido diversas críticas à falta de rigor, superficialidade, inconstância e arbitrariedades desta nova prática argumentativa, pelo menos em sua versão não refinada.[195] Além disso, Mendes chama a atenção para o excesso de monocratismo na Corte – na prática há pouca interação dialógica entre os magistrados. As sessões, num exercício solista, consistem na leitura de opiniões individuais em público. Há relatos de que não há nenhum tipo de reunião secreta entre os próprios Ministros.[196]

Marinoni notou a ocorrência do mesmo fenômeno. Essa terceira crítica pode ser considerada mais ampla, pois dirigida às Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sob uma ótica um pouco diferente, ele também observara, na formação do precedente, a prevalência do método decisório agregativo; não há, entre nós, segundo o autor, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento da definição do resultado do julgamento – estaríamos elaborando ainda uma decisão para os

---

[194] ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 13.

[195] MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 116-120. Para algumas das críticas, ver, conforme Mendes, SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013; SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.

[196] Para uma classificação completa do *design* institucional do Supremo Tribunal Federal, veja MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 130-131.

litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, sem maiores investidas quanto aos fundamentos debatidos e prestígio à definição de uma *ratio decidendi*.[197]

O conjunto dessas três concepções constituem um segmento particular da crítica especializada. Ao explorarem um mesmo fato sob diferentes maneiras, são uníssonas em apontar falhas deliberativas na prática decisória do Supremo Tribunal Federal – e a isso chamaremos *o problema do julgamento colegiado*, em alusão ao título que inaugura esta subseção. A importância e impacto do problema no ordenamento jurídico parece ser evidente, o que torna ainda mais imperativa a sua profunda compreensão. Até aqui, porém, vimos apenas em teoria o que é a deliberação, qual a abordagem que recebe quando da sua transposição do âmbito político para o contexto judicial, suas promessas e, agora, quais as críticas à racionalidade prática dessas vantagens. Assim, de se perguntar não seria: em que medida *o problema do julgamento colegiado* é empiricamente verossímil? Como o STF deixa de atender ao critério de legitimidade enunciado em todo o texto no julgamento de hipóteses concretas? As respostas possíveis a tais perguntas serão perseguidas daqui em diante.

III

PROCESSO DECISÓRIO, PERFORMANCE DELIBERATIVA E MEDIDAS DE DESEMPENHO

Defensores do *judicial review* teorizaram sobre a qualidade deliberativa de juízes e cortes sem grandes incursões empíricas. Em reação à atribuição da característica de instituição exemplar da razão pública ao Judiciário, *o problema do julgamento colegiado* apontou para a possibilidade de existência de um modelo majoritário simples na prática decisória da

[197] "Como se sabe, não há, entre nós, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento da definição do resultado do julgamento. [...] Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em consideração que muitas das recentes decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*. Os acórdãos das Supremas Cortes não têm se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é a de evidenciar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte" (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 913-915; _____. Julgamento colegiado e precedente. Revista de Processo, v. 264, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2017. pp. 388-389). Nosso modelo decisório precisa ser repensado: "No Brasil, embora não exista razão para resistir ás decisões incapazes de formar precedentes, não só é importante observar que a *ratio decidendi* ou o valor precedental da decisão depende de maioria em relação ao fundamento, mas também é indispensável repensar o modelo de julgamento para contemplar o pensamento da Corte sobre os fundamentos" (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 14-15).

instituição. Quando membros de um grupo compartilham informação apenas quando é de seu interesse pessoal, diz Steiner, não se trata deliberação, mas, sim, o que ele denomina de *fala estratégica*, na sua forma mais pura.[198] A presença da *fala estratégica* no fórum dos princípios seria capaz de colocar a legitimidade da revisão judicial em xeque. Como, então, avaliar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal?

Alguns autores têm sugerido adotar o *gradualismo* como resposta. Ao contrário do *binarismo*, que oferece soluções dicotômicas (*legitimidade-ilegitimidade*, *democracia-autoritarismo*, *esquerda-direita*) e geralmente rígidas, o gradualismo sugere abandonar a investigação que diagnostica se algo *é* ou *não é*, e preocupar em dizer *em que medida* algo é ou não é. Essa perspectiva desenvolve parâmetros de mensuração e apresenta um modelo ideal, cuja realização, em níveis cada vez mais elevados, se torna o objetivo principal. O cumprimento de um objetivo não-estático apresenta uma grámatica analítica própria dessa sua característica dinâmica – fala-se em maximizar e minimizar, aproximar e distanciar, aperfeiçoar e piorar, progredir e retroceder. Essa parece ser uma maneira mais produtiva de se abordar o problema do julgamento colegiado acima apontado – e falar em gradualismo e binarismo não seria em si uma armadilha binária, já que as várias possibilidades dentro do gradualismo desnaturam esse sofisma apriorístico.[199]

É preciso estabelecer parâmetros para avaliar a prática decisória de juízes e cortes. Em termos deliberativos, Mendes considera que o processo de tomada de decisão possui três fases – pré-decisional, decisional e pós-decisional. São três momentos que, apesar de evidenciarem faces distintas de uma medida performática, fazem parte de um empreendimento global. Não necessariamente uma corte deliberativa atingirá o melhor desempenho em todas as fases, embora fosse ideal que o alcançasse.[200] A separação da atividade decisória em fases permite avaliar a qualidade deliberativa da corte como um todo, conforme as características de cada etapa (*deliberative phase*). As tarefas deliberativas (*deliberative tasks*) específicas variam de acordo com cada uma delas.[201]

---

[198] STEINER, Jürg. Concept stretching: the case of deliberation. *European Political Science*, v. 7, 2008. p. 188.

[199] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. pp. 25-27.

[200] Segundo o autor, uma corte deliberativa ideal é aquela que maximiza a gama de argumentos externos promovendo um abrangente debate público na fase pré-decisional; energiza seus membros num sincero processo de engajamento colegiado na fase decisional; e que é capaz de redigir uma decisão deliberativa escrita na fase pós-decisional (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 106).

[201] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 105.

Tabela 1: Fases e tarefas deliberativas

Deliberative phases	Deliberative tasks
1. Pre-decisional	"Public contestation"
2. Decisional	"Collegial engagement"
3. Post-decisional	"Deliberative written decision"

Fonte: MENDES, Conrado Hübner. Constitutional courts and deliberative democracy. *Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 105.*

Como a dissertação trata da deliberação interna, a fase deliberativa que mais a interessa é a decisional, além dos efeitos que projeta na elaboração da decisão escrita. A tarefa precípua da fase decisional é o engajamento colegiado dos Ministros na busca de melhores razões e argumentos públicos para fundamentação da decisão. Na fase pré-decisional, a tarefa deliberativa consiste na promoção de uma contestação pública (*public contestation*) sobre o caso; já na fase pós-decisional a tarefa consiste na decisão deliberativa escrita (*deliberative written decision*). Esta última fase compreende dois momentos. Primeiro, a redação da decisão escrita e, depois, o conjunto de debates na esfera pública sobre o caso submetido a julgamento. Informalmente, até mesmo em razão da tarefa deliberativa atribuída a cada uma, é possível enxergar certa fusão entre a fase pós-decisional de um caso e a fase pré-decisional de outro, numa dinâmica similar à metáfora dworkiniana do romance em cadeia (*chain novel*).[202] Isso não significa que as características de cada momento tenham se desnaturado –

[202] A conhecida *metáfora do romance em cadeia* faz parte de uma concepção construtiva – ou não-conversacional – da interpretação criativa. De um modo geral, considera que a aplicação judicial do direito não se dá no vácuo, a partir de um grau zero cognitivo ou num ambiente interpretativo estéril: decisões judiciais devem ser produzidas em constante diálogo com a história e, assim, submetem-se a limites interpretativos; isso permite que casos jurídicos sejam decididos com integridade. Dworkin cria um gênero literário artificial e o chama de *romance em cadeia*. Nesse projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série, e cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para redigir um novo capítulo, que é então acrescentado ao que será recebido, em cadeia, pelo próximo romancista. O juiz é comparado ao romancista em série: ao decidir um novo caso, deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio de que ele faz agora. Para isso, deve diminuir suas pretensões e buscar uma intepretação que se ajuste ao conjunto do que, na cadeia, é fundamental; deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. O caricaturado juiz Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas, sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; então Hércules precisa considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões, sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. pp. 228 e seguintes; _____. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1985. pp. 158 e seguintes).

por mais que haja debate entre o tribunal e diferentes interlocutores, a fase pré-decisional permanece vinculada a um caso concreto específico.[203]

Também é importante distinguir quem delibera. Vamos chamá-los como Mendes os chama: deliberadores (*deliberators*). O autor identifica dois tipos relevantes de deliberadores: os juízes (*decision-makers*) e os interlocutores (*interlocutors*). Interlocutores são os diversos atores sociais que, formal ou informalmente, endereçam argumentos públicos ao tribunal, expressando, no espaço político, suas posições sobre os casos sob julgamento. Serão formais quando estiverem habilitados em juízo como sujeitos do processo, sob qualquer das qualificações possíveis – partes, terceiros interessados, etc; e informais quando estiverem de alguma maneira envolvidos no debate através dos vários espaços públicos de comunicação.[204]

A presença desses tipos sofre uma variação conforme as fases deliberativas possuam acentuada uma característica ou interna ou externa, para lembrar Ferejohn e Pasquino.[205] Na fase decisional, onde a deliberação é eminentemente interna, os interlocutores externos participam apenas como espectadores – a tarefa deliberativa é intramuros, exercida entre os próprios membros do colegiado. Nas fases pré e pós-decisional, onde a marca externa da deliberação é evidente, a discussão da corte será, predominantemente, com outros atores ou instituições da esfera pública. Em vista dos objetivos da dissertação, por ora, deixaremos a análise da contestação pública e seus detalhes de lado para nos concentrarmos nas tarefas das fases decisional e pós-decisional: o engajamento colegiado e a decisão deliberativa escrita.

Segundo Mendes, engajamento colegiado é a aspiração orientadora de um tribunal constitucional na fase decisional. Sua força motriz é tripla: abarca *(i)* o esforço de considerar todas as posições que o tribunal foi capaz de colher e de concebê-las empaticamente; *(ii)* a busca pela melhor resposta principiológica; e *(iii)* a perseguição do consenso ou, sendo este inalcançável, do dissenso mínimo. Assim, o processo interativo interno entre os membros de um órgão colegiado não só deve ser disciplinado por esse padrão objetivo como também pode, através dele, ser valorado. É necessária uma assepsia institucional (*proper institutional asepsis*) para tornar tal tarefa deliberativa alcançável: por meio de mecanismos próprios e adequadamente desenhados, a corte deve mitigar riscos potenciais à deliberação sincera na

---

[203] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 106.
[204] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 106.
[205] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, p. 1692.

fase decisional, proporcionando um ambiente favorável ao engajamento colegiado de seus membros.[206-207]

A fase decisional, com efeito, causa impacto na fase seguinte. Essa correlação é percebida por meio de uma inferência lógica: como último estágio, o momento pós-decisional consiste num produto refinado e laborioso que capta e sintetiza os dados relevantes das etapas anteriores. Na fase pós-decisional, a tarefa deliberativa é a decisão escrita. De acordo com Mendes, este documento traduz os compromissos éticos de uma deliberação em uma peça escrita que, além de bem fundamentada, tem o fardo de ser responsiva e legível pelo público. Trata-se da comunicação atenciosa da decisão tomada, como supúnhamos; uma decisão supraindividual, assim despersonificada. Mas o texto do acórdão final não pode ser um anúncio críptico e arcano de uma resposta supostamente correta e menos ainda uma asserção apodítica do significado da Constituição emitida por intérpretes superiores: é, antes, a colocação cuidadosa e o mais precisa possível dos pontos de vista que permearam o debate.[208]

Como produto de uma construção coletiva, a elaboração do acórdão exige um esforço especial: o de equilibrar entre a necessidade de forja de uma identidade institucional da corte sem desrespeitar o valor e o lugar das opiniões dissidentes resistentes. Na teoria normativa de Mendes, um tribunal deliberativo concede peso especial à autoria institucional, sem coibir, razoavelmente segundo as recomendações circunstanciais, a exibição de eventual discordância interna.[209] Nota-se uma certa tensão entre duas atitudes possíveis: a exibição ou

---

[206] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 108-109.

[207] Por exemplo: cabe à corte institucionalmente impedir, tanto quanto possível, ou buscar mitigar, o corporativismo, a reflexão seletiva ou o comportamento estratégico que, gregariamente, concorda ou evita a discordância apenas para não se indispor ou agradar os colegas de profissão. De igual maneira, para que haja um engajamento colegiado genuíno, não se pode cogitar da possibilidade de opressão dos membros da corte ou sua subsunção a qualquer outra forma de censura do pensamento ou independência intelectual no processo de formação ou emissão da opinião. O mesmo vale para a observância rigorosa, isenta e não voluntarista do requisito que exige notório saber jurídico de todos os membros da corte, evitando constrangimentos epistêmicos ou questionamentos acerca da estatura intelectual de qualquer deles que minem ou sabotem seu potencial deliberativo. Nesse sentido: "The proper institutional asepsis is assumed to be in place when decision-makers gather to deliberate. Otherwise, collegial engagement would not be a plausible guideline. This setting should thus mitigate, as much as one can anticipate, some of the objections against the dangers of deliberation: by involving professional colleagues, the risks of entrenching and reproducing social inequalities through deliberation is obviously not at stake; by expecting that all decision-makers have the proper argumentative insubordination and mental endurance, the risk of oppression and other types of non-autonomous will-formation are controlled; by requiring decision makers to be adequately versed in constitutional matters and jargons, the peril of epistemic hierarchy is unlikely to thrive" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 108).

[208] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 109-111.

[209] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 111.

o ocultamento de opiniões em sentido contrário à da maioria constituída na corte. Esse debate suscita algumas questões interessantes, embora não seja possível explorá-lo a contento aqui.

De maneira breve, então, a teoria reconhece a existência de uma díade potencial em matéria de manifestação da opinião de um tribunal. Quando veiculada como uma voz ou texto único do tribunal, a decisão será *per curiam*. A expressão *per curiam* é latina e quer dizer *pelo tribunal*, remetendo à ideia de veiculação de um posicionamento institucional, isto é, da corte como unidade indivisível. Se manifestada como uma voz fracionária individual ou texto composto, a decisão identifica-se com o modelo *seriatim*, que significa *em série*. Dizer que esta classificação é uma díade em potencial significa que não necessariamente um determinado modelo será polarizado, podendo optar-se por um meio-termo. Será, aí, um modelo misto, como Ginsburg considera ser a Suprema Corte norte-americana.[210]

Não é correto inferir que, pela forma, um modelo seja mais apto à deliberação do que outro. É possível constatar uma prática deletéria tanto no modelo *per curiam* como no *seriatim*. Tomemos de Mendes dois exemplos não-deliberativos nesse sentido: se um tribunal possui integrantes que desejam ser personas públicas e sem razão aparente permite se projetar à sombra do interesse privado de seus agentes individuais, a simples ausência do esforço para cumprir com as tarefas deliberativas que decorre disso é capaz de minar toda a interatividade do processo decisório, inclusive a peça final escrita. O modelo *seriatim*, na prática, encontraria no solilóquio personificado de seus membros óbices deliberativos que, em princípio, escapam à previsão fria da teoria.[211] De igual maneira, se a decisão veiculada através do modelo *per curiam* não cumpre com os *standards* éticos já descritos e, mesmo clara e bem estruturada, não é responsiva e empática ao grande público, assemelha-se a um padrão professoral empolado e, assim, compromete sua própria tarefa deliberativa.[212]

À guisa de conclusão, possível perceber que foram fixados alguns marcos importantes: vimos quais são as tarefas deliberativas de cada fase decisional e, com isso, colhemos evidências sobre a pesquisa que será realizada no terceiro capítulo. Ela se concentrará tanto na fase deliberativa decisional, na qual a tarefa deliberativa fundamental é o engajamento

---

[210] Ginsburg considera que o sistema norte-americano ocupa um meio-termo (*middle-ground*) entre os modelos *seriatim* e *per curiam* de decisão. Cf. GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on writing separately. In: *Washington Law Review*, v. 65, 1990. pp. 133-150; _____. Speaking in a judicial voice. In: *New York University Law Review*, v. 67, 1992. pp. 1185-1209; _____. The role of dissenting opinions. In: *Minnesota Law Review*, v. 95, 2010. pp. 1-8.

[211] Nas palavras de Conrado Hübner Mendes, o modelo *seriatim* não-deliberativo seria o arquétipo da personificação composto por uma colcha de retalhos (*patchwork*) das opiniões individuais que não são capazes de se comunicar. Veja MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 112.

[212] MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 112.

colegiado entre os membros de uma corte ou tribunal, como em seus efeitos na fase seguinte, pós-decisional, momento em que, com a redação da decisão deliberativa escrita, as razões de decidir do caso julgado pela Corte ganham – ou pelo menos deveriam ganhar – contornos materiais.

IV

ANOTAÇÕES PROVISÓRIAS: ANTESSALA DO PRÓXIMO CAPÍTULO

Considerando todo o trajeto percorrido até aqui, impõe realizar uma recapitulação breve de alguns aspectos e noções principais, pois a narrativa teórica e normativa anterior é quem oferece o aporte epistemológico necessário – e justificador – do próximo capítulo. Desde a introdução, vimos que há um debate acalorado havido nos últimos anos, no âmbito da teoria constitucional, sobre a legitimidade democrática de juízes e cortes. Quando dissemos não haver, neste debate, um tratamento mais profundo sobre alguns aspectos, estávamos nos referindo, especificamente, à virtude deliberativa atribuída ao Poder Judiciário, em especial às cortes constitucionais, em razão da posição institucional hierárquica que ocupam.

Perceber isso fez com que voltássemos nossa atenção à proposta gradualista, que torna a deliberação medida qualitativa de desempenho da atividade judicial enquanto fator de sua legitimidade. É Mendes, dentre os constitucionalistas contemporâneos, quem mais aprimora e avança acerca dos traços característicos do que poderia ser assimilado como um Judiciário deliberativo, legitimado por essa habilidade.[213] Ter elegido a deliberação como medida impôs-nos alguns esclarecimentos nesse movimento de mudança de enfoque. Assim, se o desempenho deliberativo de um tribunal mostrou-se relevante a ponto de tomar-nos a proa, a primeira parte da dissertação teve por tarefa assentar o que, de fato, poderia ser entendido como deliberação. Além disso, desenvolvemos qual seria seu valor positivo para a tomada de decisões coletivas em um regime democrático.

Já neste segundo capítulo, revisitamos renomados autores que trataram do assunto em seus escritos, em especial Ronald Dworkin, John Rawls, Christopher Eisgruber, Robert Alexy e Ferejohn e Pasquino. Também vimos, de forma resumida, os termos da maior e mais conhecida objeção a esse modelo até aqui – a apresentada por Jeremy Waldron. Sem apontar vencedores, verificamos que o "debate do 'tudo ou nada'" disputado entre defensores das

[213] Em resumo, para o autor, um bom desempenho deliberativo pode, em grande medida, contribuir para a legitimidade do Judiciário enquanto instituição democrática (MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 346).

cortes contra defensores dos parlamentos não desenvolve com mais detalhes as características atribuídas às instituições envolvidas.[214] Três grandes críticas emergiram desse quadro conceitual e, denominadas como *o problema do julgamento colegiado*, delas se ocupou em larga escala a segunda parte deste capítulo. Por estarem claramente inter-relacionadas, consideramos que o tratamento conjunto dessas críticas não seria apenas desejável, mas salutar.

As duas primeiras críticas, formuladas por Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, indicaram que o Supremo Tribunal Federal seria um caso paradigmático de tomada de decisão não-deliberativa, individualista e não-dialógica.[215-216] A terceira crítica, elaborada por Luiz Guilherme Marinoni, apontou o reflexo mais agudo do método agregativo simples: a hipótese de que muitas das decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da mera soma das conclusões dos votos.[217] Caso essas três grandes críticas sejam

---

[214] Dizer que a disputa *legitimidade-ilegitimidade* democrática de juízes e cortes é um "debate do 'tudo ou nada'" é uma referência à crítica que considera maniqueísta essa concepção dicotômica: "Esse debate, [...] e todas as outras dicotomias apresentadas anteriormente costumam pecar por um certo maniqueísmo, como se o problema se resumisse às alternativas 'todo poder aos juízes' ou 'todo poder ao legislador'" (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250. 2009. p. 204).

[215] "[The Brazilian Supreme Court is] a paradigmatic case of non-deliberative decision-making" (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Law Journals, v. 11, 2013, p. 566). "Despite the individualistic and non-deliberative style of the STF, one should note that, quite frequently, the argumentative structure that comes up in each separate opinion, more often than not, approximates the 'parallel-conclusive arguments' type. This is a common trait of a prolix legal culture with constant display of encyclopaedia-like erudition. [...] The methodological implication of the prolix culture and the soloist institutional trait of the STF is that, in every decision, many types of argument will be detected, irrespective of the weight they have" (MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo [Eds.]. *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 136).

[216] Klafke e Pretzel exploraram essa crítica sob a perspectiva da apresentação das razões de decidir da Corte. Através da análise de acórdãos, testaram a hipótese segundo a qual a fundamentação dos acórdãos poderia tanto ser concentrada em um ou poucos votos como dispersa entre vários, caracterizando o processo decisório como bastante flexível em termos de apresentação dos fundamentos. Chegaram à conclusão de que em um número relevante de acórdãos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal se pronuncia com uma *ratio decidendi* facilmente identificável. Frequentemente, coincide com a opinião do ministro relator. Veja, com detalhes, KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. Revista de Estudos Empíricos em Direito, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, jan. 2014, pp. 89-104.

[217] "Como se sabe, não há, entre nós, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento da definição do resultado do julgamento. [...] Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em consideração que muitas das recentes decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*. Os acórdãos das Supremas Cortes não têm se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é a de evidenciar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte" (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 913-915; _____. Julgamento colegiado e precedente. Revista de Processo, v. 264, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2017. pp. 388-389).

verdadeiras, sua infusão permitirá um diagnóstico um tanto atual e objetivo sobre a tomada de decisão judicial. Por ora, precisamos deixar essa ideia de lado para ceder espaço à necessária verificação empírica da realidade decisória do Supremo Tribunal Federal.

TERCEIRA PARTE

Caminhos: o Supremo Tribunal Federal, esse desconhecido, revisitado

O Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, é tão importante quanto desconhecido. Na tentativa de superar esse dado, tem ganhado força nos últimos anos uma agenda de pesquisa em direito dedicada à compreensão da prática decisória de juízes e cortes.[218] Estudos dessa natureza já ocorrem com certa frequência no âmbito das Ciências Sociais, e o gatilho para sua profusão, no Brasil, parece ter sido a ação expandida do Poder Judiciário no pós-1988, em grande medida impulsionada pelo conjunto de alterações institucionais promovidas pela Constituição da Nova República, marco maior do processo de redemocratização do país.[219-220]

---

[218] Embora a pouca intimidade de juristas com a pesquisa empírica não seja um fenômeno exclusivamente nosso, os Programas de Pós-Graduação brasileiros, em geral, ainda hoje não desenvolveram uma melhoria dessa postura. Contudo, trabalhos importantes têm sido conduzidos por instituições pioneiras nesse tipo de exploração. Numa listagem não-exaustiva, mais como uma lembrança exemplificativa desse processo salutar de expansão da pesquisa empírica, sobre o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, sobrelevam os estudos do Grupo Constituição, Política e Instituições da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), do Projeto Supremo em Pauta do Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas (FGV) – São Paulo, dos Projetos Supra, Supremo em Números e História Oral do Supremo do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Rio e o próprio Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Departamento de Pesquisa Judiciária do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ). Contribuem também para o enriquecimento de qual viés interdisciplinar as pesquisas do Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea).

[219] O movimento de expansão crescente do papel reservado às cortes de justiça, enquanto fenômeno do século XX, foi notado não só no Brasil, mas em todo o mundo. Segundo John Ferejohn, houve, desde a Segunda Guerra Mundial, uma profunda transferência de poder dos órgãos legislativos em direção às cortes e outras instituições legais. Essa transferência, a que convencionou-se chamar *judicialização*, obteve um alcance de certa forma global, uma vez que tão marcada na Europa, especialmente na Europa do Leste, e nos Estados Unidos (FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems,* v. 65, n. 3, 2002, p. 41).

[220] De Weber a Durkheim, de Foucault a Bordieu: num espectro mais amplo, a sociologia, por exemplo, se interessa em investigar o direito já há algum tempo. Mas o florescimento de pesquisas com essa característica realizadas por acadêmicos das faculdades de direito é um fenômeno relativamente recente – e não apenas no Brasil. Para uma visão panorâmica das mudanças do final do século XX nas escolas de direito britânicas, veja BRADNEY, Anthony. Law as a parasitic discipline. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 1, mar. 1998. pp. 71-84; nas brasileiras, veja XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas teóricas sobre a pesquisa empírica em direito. *FGV SP Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 122, São Paulo, jun. 2015 e HORTA, Ricardo de Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa

Apesar de, entre nós, a escassez de estudos voltados à compreensão prática do Judiciário ter sido evidenciada apenas no final do século XX, há pelo menos cinquenta anos Aliomar Baleeiro já notara o halo de mistério ou, quando menos, o desconhecimento interno a velar o Supremo aos olhos da opinião nacional. A constatação da pouca compreensão acerca da realidade dos mecanismos e funções do STF ensejaram a publicação, ainda em 1968, de seu *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*.[221-222] Mas há de se distinguir: a

---

empírica em direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 2, jul. 2014. pp. 162-183. No contexto estadunidense, berço de conhecidos movimentos nessa área, como o *American Legal Realism*, dos anos 20-30 do século XX, o *Law & Society*, nos anos 60, o *Law & Economics*, destacado a partir de 1990, o *New Legal Realism*, surgido no final do século XX, e, já no século XXI, o *Empirical Legal Studies*, de modo mais aprofundado, inclusive sobre a origem, a missão e a metodologia de cada uma dessas escolas, veja SUCHMAN, Mark; MERTZ, Elizabeth. Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, 2010. pp. 555-579; NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Variaties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? Cornell Law Review, v. 95, 2009. pp. 61-138; KRITZER, Herbert M. Empirical Legal Studies Before 1940: A Bibliographic Essay. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, n. 4, 2009. pp. 925-968; _____. The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 875-900; e HEISE, Michael. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision-Making and The New Empiricism. *University of Illinois Law Review*, 2002. pp. 819-850.

[221] "Nas Universidades, raríssimas são as teses de concurso ou monografias, que empreendem estudos de crítica da jurisprudência ou da evolução desta. Em geral, a obra do Supremo Tribunal jaz ignorada mesmo nos círculos de alta cultura jurídica. A disseminação dos arestos obedece a critérios puramente pragmáticos e, de ordinário, não vai além das ementas arrumadas para expedita e apressada consulta nas emergências dos causídicos e juízes" (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 11).

[222] Tidos como dianteiros, os estudos realizados por Rogério Bastos Arantes (*Judiciário & Política no Brasil*. São Paulo: IDESP, Editora Sumaré: FAPESP, Educ, 1997) e Vianna *et al* (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999) foram publicados na segunda metade da década de 90 e, desde então, não só cientistas políticos mas também economistas e juristas têm buscado romper com a tradição normativa de produção de conhecimento científico e entender melhor a realidade dos processos de tomada de decisão judicial. A virada de século trouxe consigo a produção de mais pesquisas sobre a prática da função judicante no Brasil, de autores de diversas áreas. O cientista político Matthew M. Taylor, por exemplo, publicou, em 2008, *Judging policy*: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press; Fabiana Luci de Oliveira, em 2011, publicou *Justiça, profissionalismo e política*: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, e, em 2012, *STF*: do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: Editora FGV. Oliveira também organizou, um ano depois, *Justiça em foco*: estudos empíricos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012a, e escreveu Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, n. 44, pp. 139-153, nov. 2012b. Nesse período, contribuíram também os economistas Pedro Ferreira e Bernardo Mueller, em 2014, com a publicação de How judges thinks in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions. *EconomiA*, v. 15, pp. 275-293, 2014. O relato é de AVELINO, Pedro Buck. *Fidelidade, álibi ou traição*: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF. 288f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. pp. 8-15. De acordo com Horta, Almeida e Chilvarquer, o emprego de técnicas empíricas no Brasil é tributário de trabalhos sociojurídicos realizados desde a década de 70, por pesquisadores como Joaquim Falcão, Cláudio Souto, Roberto Lyra Filho, Roberto Aguiar, João Baptista Herkenhoff, Edmundo Lima Arruda Jr., Luís Alberto Warat, José Eduardo Faria, Celso Campilongo, José Geraldo de Souza Jr., Luciano OIiveira e Eliane Junqueira (ver HORTA, Ricardo de Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, v. 1, n. 2, jul. 2014. p. 165). No âmbito da antropologia, Xavier aponta que, pelo menos desde os anos

teoria normativa sobre a atividade judicante era – e sempre foi, a bem da verdade – muito profícua. A anemia produtiva localizava-se no campo descritivo, ou melhor, na verificação prática das formulações teóricas apresentadas em vasta bibliografia.[223]

Ao parafrasear, no título, a expressão que deu nome à obra de Aliomar Baleeiro, este terceiro capítulo sugere uma revisita ao Supremo Tribunal Federal – desta vez, porém, através de uma abordagem menos normativa e mais pragmática. Exploratória, então, em vez de imaginativa.[224] Portanto, as próximas linhas serão ocupadas com a realidade decisória da Corte e, sob o enfoque metodológico que será detalhado a seguir, o próximo passo da dissertação é buscar descobrir e descrever o processo de tomada de decisão no Supremo *como ele é* – e não como *deveria ser*.

I

NOTA METODOLÓGICA

Esta subseção, o título já indica, traz observações de ordem metodológica. Aqui, portanto, será esclarecido o que a dissertação considera como um estudo de caso, no que consistiu propriamente o estudo que foi feito, como ele foi realizado, quais as técnicas empregadas, sob qual perspectiva e por quê. O termo *pesquisa empírica*, nos últimos anos, passou por uma redescoberta nas faculdades de direito que tem provocado sua utilização com mais frequência. Sobre o que seria uma pesquisa empírica, Epstein e King apresentam uma

---

1980 autores como Luis Roberto Cardozo de Oliveira e Roberto Kant de Lima têm, de uma forma geral, o direito como objeto de estudo, o mesmo valendo para Sérgio Adorno, na sociologia, e para Rogério Arantes e Maria Tereza Sadek, no âmbito da ciência política (XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas teóricas sobre a pesquisa empírica em direito. *FGV SP Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 122, São Paulo, jun. 2015. p. 16).

[223] Na primeira metade da década de 90, a crítica partira de José Eduardo Faria e Celso Campilongo: "A pesquisa empírica – e mesmo a produção teórica – nas faculdades de direito praticamente inexiste. As escolas não assumem, há tempos, a função de produtoras de conhecimento jurídico; quando muito, limitam-se, e quase sempre mal, a reproduzir o legalismo oficial. Professores e doutrinadores, em sua grande maioria, não costumam imaginar nada além da simples e tradicional pesquisa bibliográfica" (FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 44).

[224] Conceber que um problema jurídico está relacionado apenas ao direito é revelar uma perspectiva um tanto monolítica, parcial, do fenômeno em si; é ignorar a inescondível faceta política, econômica, psicológica, histórica, filosófica, enfim, interdisciplinar que tem marcado os desafios atuais das sociedades pós-modernas. Por isso, protestou Hepple, o estudante de direito precisa, entre outras coisas, explorar o estudo das ciências sociais, da filosofia, da ética e da história – e ter a habilidade de compreender as evidências e os métodos de outras áreas (HEPPLE, Bob. The renewal of the liberal law degree. *Cambridge Law Journal*, n. 55, v. 3, nov. 1996. pp. 481-485). Isso não significa que o direito deve ser subjugado às outras áreas do conhecimento. Além: representa a percepção de que o direito pode ser integrar e ser integrado a várias disciplinas de outros campos; uma intercomunicação simbiótica. Afinal de contas, como colocou Bradney: as escolas de direito não existem num vácuo acadêmico (BRADNEY, Anthony. Law as a parasitic discipline. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 1, mar. 1998. p. 73).

definição ampla: a palavra *empírica* denotaria evidências oriundas da experiência ou da observação do mundo. Essas evidências podem ser numéricas ou não-numéricas. Às numéricas, costuma-se chamar *quantitativas*. Às não-numéricas, *qualitativas*.[225]

Há, assim, duas classificações possíveis *a priori* para as evidências de uma pesquisa. *A priori* porque é possível que várias técnicas se complementem num mesmo estudo, que adquiriria então natureza mista ou multi-método, também chamada de triangulação – exatamente o tipo de perspectiva que alguns autores têm incentivado; para Nielsen, por exemplo, a pesquisa multi-método seria talvez a maneira mais efetiva de entender a relação entre o direito e a sociedade.[226]

Dentre as técnicas de criação e coleta de dados qualitativos, Webley destaca quatro: as entrevistas, a observação, a análise de documentos e o estudo de caso.[227] Essas duas últimas são as que mais interessam à dissertação. A análise de documentos tem o potencial de informar e estruturar a tomada de decisões que as pessoas tomam diariamente e a longo prazo. Constituem uma leitura particular de eventos sociais, permitindo decifrar aspirações e intenções do evento a que se referem ou descrevem.[228] O estudo de caso, em Webley, está ligado ao conceito de Yin; este último autor descreve um estudo de caso como sendo um estudo empírico que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu real contexto, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos. Ele pode ter três tipos: explanatório, exploratório e descritivo.[229]

---

[225] EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002. p. 2.

[226] NIELSEN, Laura Beth. The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 951. O termo *triangulação* soa estranho, pois remete à ideia do uso de três ou mais técnicas. Ele, contudo, é amplamente utilizado para pesquisas usando dois ou mais de três métodos: "Put most simply, multi-method research is any research that uses more than one research technique or strategy to study one or several closely related phenomena. Research that employs multiple tactics for observing and understanding is more reliable than a single study if the studies are of comparable quality. The term 'triangulation' is often used to describe deployment of multiple methods (Bachman and Schutt, 2007) although triangulation may seem to require three different studies or methods whereas a researcher may conduct multi-method research using two or more than three methods" (NIELSEN, Laura Beth. The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 953).

[227] WEBLEY, Lisa. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 926-950.

[228] WEBLEY, Lisa; MOORHEAD, Richard; SHERR, Avrom; ROGERS, Sarah; SHERR, Lorraine; PATTERSON Alan; DOMBERGER, Simon. *Quality and cost*: final report on the contracting of Civil, Non-Family Advice and Assistance Pilot. Norwich: The Stationery Office, 2001. pp. 157-158.

[229] No original: Yin entdefine um estudo de caso como "[...] an empirical study that investigates a contemporary phenomenon within its real-life context, especially when the boundaries between the phenomenon and context are not clearly evident" (YIN, Robert K. *Case Study Research Design and Methods*. – 2nd. edition. – Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1994. p. 13).

Estudos de caso podem combinar vários dados, como, por exemplo, entrevistas, documentos ou análise histórica. Eles são a melhor forma de responder às questões do tipo *como?* ou *por quê?* mediante uma análise em profundidade de uma situação, evento ou local. Os acórdãos, por exemplo, enquanto documentos, descrevem uma situação ocorrida de fato – o processo de tomada de determinada decisão judicial. Pensando dessa forma, até seria possível imaginar esta pesquisa como um *estudo de caso*, considerando que os estudos de caso costumam ser utilizados para testar uma hipótese baseada numa teoria aceita de forma ampla cientificamente, como as que foram vistas aqui nos capítulos anteriores.[230] Desse modo, tratando o termo *caso* num sentido mais abrangente, com base em Yin, falar-se-ia, em hipótese, na sessão de julgamento do Supremo Tribunal Federal como um *caso* – no sentido mesmo de que constitui um fenômeno da vida real.

Entretanto, essa não parece ser a melhor maneira de classificar a pesquisa. Tecnicamente, o correto seria dizer que cuida a pesquisa empírica que adiante se seguirá de um levantamento exploratório qualitativo e quantitativo da sessão de julgamento do Supremo Tribunal Federal, com base em análise documental – acórdãos – e emprego dos raciocínios indutivo e dedutivo. Portanto, a estratégia metodológica, enquanto pesquisa documental, será o levantamento predominantemente qualitativo de decisões judiciais – o que Horta, Almeida e Chilvarquer definem como coleta e análise de jurisprudência ou decisões judiciais e administrativas, via internet, com a quantificação e categorização de amostras.[231-232]

Com isso, é possível perceber a revelação quase em automático do primeiro traço da pesquisa: seu objeto de análise. Serão estudadas as sessões de julgamento da Suprema Corte brasileira, cujo registro e documentação ocorre através da sua transcrição para o acórdão publicado no Diário Judiciário Eletrônico e disponibilizado no sítio da Corte na internet. Todavia, antes de apresentar os dados selecionados e todo o procedimento empreendido até a obtenção do universo de análise, é importante que se tenha uma básica noção sobre o modelo de sua confecção no Supremo Tribunal Federal, medida que auxiliará na compreensão do todo. É o que veremos, posto que breve, nas páginas seguintes.

---

[230] WEBLEY, Lisa. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 940-941.

[231] HORTA, Ricardo de Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 2, jul. 2014. p. 169.

[232] Em Gustin e Dias, esta mesma classificação seria concebida da seguinte forma: processo de estudo de vertente jurídico-sociológica, com emprego de raciocínio indutivo e dedutivo e estratégia metodológica jurídico-interpretativa, consistente na adoção de técnica de análise quantitativa e qualitativa de conteúdo e dados documentais (cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 39 e seguintes).

Emissão, justificação e publicação de decisões: a confecção dos acórdãos no STF

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo; regula, também, o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Os arts. 93 a 98 do RISTF contêm o procedimento de elaboração e publicação do acórdão final. Assim como Klafke e Pretzel, cabe alertar, de saída, que as previsões regimentais indicam o procedimento como ele *deveria ser*, não como de fato ele *é*. O que se quer dizer é que a prática, por vezes, pode distinguir da forma. Além disso, nem todas as etapas estão contempladas em abstrato pelo Regimento. Não há prejuízo de análise em virtude disso, já que, aqui, o fim da exposição é apenas elucidativo.[233]

No acórdão constam as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal e das suas Turmas. Faz parte dele, ainda, a transcrição do áudio do julgamento. Em cada julgamento a transcrição do áudio registra o relatório, a discussão, os votos fundamentados, as perguntas feitas aos advogados e suas respostas. Depois de revista e rubricada, a transcrição, realizada pela Secretaria das Sessões, é juntada aos autos com o acórdão. Finda a sessão de julgamento, os gabinetes dos Ministros têm o prazo de vinte dias para liberar o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão.

Não havendo a liberação no prazo regimental, a Secretaria das Sessões transcreve o áudio do relatório e dos votos lidos, com a ressalva de que não foram revistos.[234] O relator sorteado ou o relator para o acórdão recebe os autos, então, para elaboração deste e da ementa. O prazo é de dez dias. Antes da publicação, o relator sorteado ou o relator para o acórdão pode autorizar a divulgação, em texto ou áudio, do teor do julgamento. Essa hipótese geralmente ocorre em casos polêmicos, e a divulgação costuma ser através do próprio sítio do Supremo na internet, na seção destinada a notícias e textos de imprensa.

Nas sessões de julgamento, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dá a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido

---

[233] KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. Revista de Estudos Empíricos em Direito, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 94.

[234] Como indicam Klafke e Pretzel, havendo situação de conflito entre o voto juntado ao processo e a proclamação, afasta-se a contradição prevalecendo a degravação do áudio, com documentação do voto realmente proferido, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, Pleno, na ADI 2581-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.04.2009 (KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. Revista de Estudos Empíricos em Direito, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 94).

ou impetrado, para sustentação oral. O tempo máximo estabelecido para a fala de cada uma das partes é de quinze minutos. Cada Ministro pode, em regra, falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se o for o caso, para explicar a modificação do voto. Essa não é uma regra rígida e, de um modo geral, costuma-se franquear a palavra aos membros da Corte além do limite requerido. Com a conclusão do debate oral, o Presidente toma os votos dos integrantes da Corte, em princípio, nesta ordem: primeiro o relator, depois o revisor, se houve, e então dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade. Os Ministros podem antecipar o voto se assim o Presidente autorizar. Apenas as decisões de remessa de processo ao Plenário e de provimento de agravo de instrumento dispensam acórdão.

Dados da pesquisa

Como foi visto, o acórdão pode conter o voto escrito do Ministro liberado pelo seu gabinete ou a proclamação oral de voto transcrita pela Secretaria das Sessões em caso de não liberação do voto escrito no prazo regimentalmente previsto. Com essas questões esclarecidas, cabe, então, a pergunta: *o que será feito, como será feito, sob qual perspectiva e por quê*? A terceira subseção deste capítulo pretende avaliar o desempenho deliberativo interno do Supremo Tribunal Federal em ações do controle concentrado julgadas entre 2008 e 2018, analisando seus reflexos na fase pós-decisional (*o quê*). O levantamento bibliográfico mostrou que não há pesquisas empíricas nesse sentido.

Em casos dados, essa performance será medida através de um instrumento desenhado especificamente para esse fim: a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI). A dissertação esboça um modelo de análise que visa medir o desempenho deliberativo de uma corte ou tribunal, desde que em julgamento colegiado, isto é, não-unipessoal (*como*). Casos julgados sob essas condições podem ser diagnosticados e enquadrados de acordo com graus deliberativos próprios – *fraco*, *médio* ou *forte*.

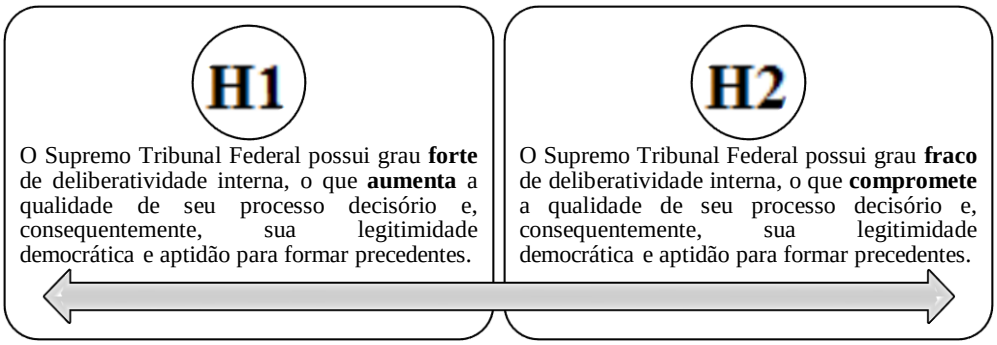
Por meio desse instrumento, acredita-se que será possível aquilatar a importância da deliberação como qualidade de um órgão decisório (*sob qual perspectiva*). O modelo ideal que nos guiará como parâmetro é aquele descrito por Conrado Hübner Mendes – e, assim, quanto mais próximos do modelo ideal estivermos, melhor será a classificação do voto ou sessão na EDI.[235] *Por quê*? A resposta à última pergunta completa o ciclo cognitivo, fazendo

[235] Segundo o autor, uma corte deliberativa ideal é aquela que maximiza a gama de argumentos externos promovendo um abrangente debate público na fase pré-decisional; energiza seus membros num sincero processo

retornar à premissa registrada na introdução da dissertação: porque se pressupõe que órgãos colegiados devem manter o melhor rendimento possível em termos deliberativos.

A partir das críticas já descritas, as hipóteses formuladas para teste distinguem entre si. A primeira é uma afirmação. A segunda, seu oposto, sua negação. O estudo testará duas respostas que são mutuamente excludentes. Se uma revelar-se válida, a outra, automaticamente, restará refutada. Ambas aplicam-se somente aos casos dados e, cientificamente, não podem ser generalizadas. Estão limitadas aos casos analisados. Isso, porém, não exclui a hipótese de serem verificadas em condições similares. É possível, ainda, que nenhuma delas seja confirmada, o que revelaria um meio-termo, uma situação subótima que poderia ser repensada e, então, melhorada ou deteriorada pela inércia. A primeira hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal possui um grau forte de deliberatividade interna, o que aumenta a qualidade de seu processo decisório e, consequentemente, sua legitimidade democrática e aptidão para formar precedentes. A segunda hipótese considera que o Supremo Tribunal Federal possui grau fraco de deliberatividade interna, o que compromete a qualidade de seu processo decisório e, consequentemente, sua legitimidade democrática e aptidão para formar precedentes.

Figura 1: Relação antagônica entre as hipóteses levantadas para testagem empírica



Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados da pesquisa

Assim, a pergunta que move nossos próximos passos é a seguinte: a partir da análise do processo decisório em ações do controle concentrado de constitucionalidade, qual o desempenho deliberativo interno do Supremo Tribunal Federal e sua relação tanto com a

---

de engajamento colegiado na fase decisional; e que é capaz de redigir uma decisão deliberativa escrita na fase pós-decisional (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 106). Indicar essa situação como sendo ideal (*first-best*) implica reconhecer um certo grau de falibilidade. Assim, no nosso, caso, o ideal estará sempre em mira; mas levando em conta capacidades institucionais específicas – qualidades, potencialidades e, também, deficiências e limitações –, busca-se alcançar a melhor solução possível de ser alcançada (*second-best*). Sobre o argumento das capacidades institucionais, veja SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003. pp. 885-951.

legitimidade democrática da Corte quanto com sua capacidade de formação de precedentes? A resposta será obtida a partir das inferências extraíveis do universo de análise construído.

Universo de análise

Para alçar o objetivo traçado foi necessário selecionar dados, identificá-los, examiná-los e classificá-los segundo o instrumento elegido – a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI). O universo de análise da pesquisa é composto por 6 (seis) acórdãos de julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal (STF). O contexto analítico considerou pelo menos cinco componentes: *(i)* as críticas referidas acima; *(ii)* o destaque adquirido pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro no pós-88 e, assim, a necessidade de melhor conhecê-lo; *(iii)* a possiblidade de elaborar um modelo analítico de práticas deliberativas aplicável não só ao STF, mas a todas as Cortes Superiores, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais; *(iv)* a função e importância do STF para o ordenamento jurídico e para a sociedade; *(v)* o advento do novo Código de Processo Civil após, aproximadamente, quarenta anos de vigência da legislação antiga, trazendo consigo o esforço de tornar a jurisprudência brasileira íntegra, estável e coerente (art. 926, *caput*, Código de Processo Civil).

Dado tal contexto, foram então elegidos seis critérios. Objetivos e não-aleatórios, eles guiaram, em princípio, o processo de seleção de dados. Foi exigido que os acórdãos para trabalho, necessariamente, tratassem de casos com as seguintes características, de forma cumulativa: *(i)* controvérsia envolvendo direitos ou garantias fundamentais; *(ii)* sobre temas que provocaram na sociedade um desacordo moral razoável; *(iii)* processados em sede de controle concentrado de constitucionalidade; *(iv)* julgados pelo Pleno do STF; *(v)* nos últimos 10 (dez) anos; *(vi)* cujos acórdãos, na íntegra, já tivessem sido publicados e disponibilizados no sítio da Corte na internet.[236]

Cada critério de seleção guarda uma justificativa guiada pelo tema da dissertação. O critério *(i)* foi adotado porque há uma relação forte entre a garantia de direitos fundamentais e

[236] Algumas questões tendem a dividir a sociedade mais do que aproximá-la. Quando debatidos, esses assuntos geram na discussão pública mais divergências do que convergências; mais polarização do que união. As questões com capacidade de gerar tal reação foram denominadas por Samantha Besson como *desacordos morais razoáveis* (cf. BESSON, Samantha. *The morality of conflict:* reasonable disagreement and the law. Oxford: Hart Publishing, 2005). No capítulo sétimo do seu *Law and disagreement*, Jeremy Waldron também discute os tipos de desacordo trabalhados por Rawls no seu *Political liberalism* (cf. WALDRON, Jeremy. Chapter Seven: Rawl's Political Liberalism. In: *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 149 e seguintes).

a legitimidade atribuída às cortes constitucionais.[237] A adoção do critério *(ii)* deve-se à própria função de uma corte constitucional: zelar pelo cumprimento da Constituição no julgamento de casos relevantes, marcados pela indeterminação ou vagueza do texto normativo e pela complexidade do desacordo entre as posições antagônicas assumidas a partir das interpretações possíveis – e não rever ou cassar decisões de órgãos judiciais hierarquicamente inferiores, numa espécie de instância revisora. Além disso, em casos sobre os quais haja desacordo relevante, é maior o ônus argumentativo dos agentes envolvidos. Isso permite um ambiente exploratório mais rico em termos de interações argumentativas e não-argumentativas.

O critério *(iii)* está relacionado com o critério anterior: o controle concentrado de constitucionalidade é instrumento de manutenção da supremacia da Constituição e de todos os princípios e direitos nela assentados, estando principalmente para utilização de minorias políticas e setores da sociedade civil organizada com determinada representatividade. O critério *(iv)* diz com uma das principais características de um tribunal ou corte: a colegialidade. O critério *(v)* busca marcar um lapso temporal não tão remoto dos dias atuais, fazendo com que os resultados sejam, de certo modo, contemporâneos, e assim possam contribuir com o quadro presente. O último critério, *(vi)*, é de ordem instrumental: sem a íntegra dos documentos, seria impossível analisá-los; além disso, o acesso ao material de pesquisa necessita de estar disponível a todos, inclusive para fins de verificação e/ou objeção aos resultados encontrados

Mesmo com a limitação imposta pelos recortes, ainda assim o universo de pesquisa permanecera muito extenso. Isso, possivelmente, tornaria o trabalho inexequível – a título de exemplo, o Supremo, desde 2008, baixara, definitivamente, aproximadas 1.616 ações do controle concentrado, entre ADCs, ADIs, ADOs e ADPFs.[238] Para permitir a testagem do modelo de análise e até mesmo conferir maior precisão aos resultados, foi necessário realizar um novo recorte. Então, um sétimo critério foi definido. O critério *(vii)* permitiu destacar, discricionariamente, a partir de notícias e das retrospectivas do ano judiciário realizadas no Anuário da Justiça, uma ação para cada mandato da Presidência da Corte desde 2008, respeitando os limites do critério *(v)*. Cabe registrar que o Presidente e o Vice-Presidente são

---

[237] Veja, sobre isso, por exemplo: GRIMM, Dieter. Constitutional adjucation and democracy. *Israel Law Review*, v. 33, n. 2, 1999. p. 203; SADURSKI, Wojciech. Judicial review and the protection of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 2. pp. 275-299; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. pp. 33 e ss. _____. Is there a right to pornography? *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 1, 1981, p. 200; _____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 1-38.

[238] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do controle concentrado. Brasília, DF: STF, 2018.

eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos (arts. 2.º, parágrafo único, 4.º e 12, RISTF).

Assim, desde 2008, seis Ministros exerceram a Presidência da Corte: Gilmar Mendes (2008-2010), Cezar Peluso (2010-2012), Ayres Britto (2012), Joaquim Barbosa (2012-2014), Ricardo Lewandowski (2014-2016) e Cármen Lúcia (2016-2018). O Ministro Ayres Britto ocupou a cadeira pelo menor período, oito meses, em virtude de sua aposentadoria decretada compulsoriamente em 14 de novembro de 2012 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de novembro daquele ano.[239] Este fator não foi considerado relevante a ponto de levar à desconsideração da Corte Ayres Britto para os fins da pesquisa. Assim, o tempo em que Britto esteve na Presidência do Supremo Tribunal Federal também foi computado. Todos os demais Ministros cumpriram o mandato em sua integralidade. Com isso, foram ao todo seis os casos selecionados, e nosso universo de análise passou a ser composto da forma seguinte:

Tabela 2: Universo de análise

Presidência	Identificação	Tema
Corte Cármen Lúcia (2016-2018)	**ADI 4.983**	Maus tratos e crueldade na prática da chamada vaquejada
Corte Ricardo Lewandowski (2014-2016)	**ADI 4.815**	Consentimento prévio para publicação de biografias não autorizadas
Corte Joaquim Barbosa (2012-2014)	**ADI 4.543**	Reinstituição do voto impresso ao sistema político eleitoral
Corte Carlos Ayres Britto (2012)	**ADPF 186**	Política afirmativa de cotas raciais para ingresso em instituição de ensino superior
Corte Cezar Peluso (2010-2012)	**ADPF 54**	Antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico
Corte Gilmar Mendes (2008-2010)	**ADI 3.510**	Pesquisa com células-tronco embrionárias

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados da pesquisa

Após terem sido selecionados, os casos passaram por uma fase de registro, identificação e organização interna. Ao serem armazenados em pasta própria, foi aplicada uma ficha catalográfica a cada um. Nela, dados específicos do caso podem ser visualizados

[239] Ayres Britto foi aposentado compulsoriamente segundo a regra do art. 40, §1.º, II, da Constituição Federal, que à época vigia sem a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 88/2015.

com maior objetividade. Eles abrangem não só a individualização do caso, mas também questões relacionadas ao mérito do julgamento. Com o universo de análise devidamente catalogado, resta, enfim, analisá-los. Foi já antecipado que um instrumento para tentar dar conta desse processo analítico foi construído. O modelo, chamado de Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), será explicado detalhadamente na próxima subseção.

II

A ESCALA DE DELIBERATIVIDADE INTRAINSTITUCIONAL (EDI) – UM MODELO ANALÍTICO POSSÍVEL?

A Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI) é um instrumento criado para medir o grau deliberativo de uma sessão de decisão conjunta através da classificação da natureza das interações predominantes ocorridas entre os membros do grupo encarregado de tomá-la. Ela aponta maior ou menor disposição para influenciar e ser influenciado – quer do grupo, amplamente considerado, quer de seus membros, de forma individual. A EDI, diante da qualidade deliberativa atribuída ao Poder Judiciário, pode funcionar como mecanismo de *accountability* da legitimidade democrática de juízes e cortes, estimulando a abertura recíproca aos *inputs* e *outputs* argumentativos num ambiente marcado pela pluralidade de interlocutores.

A EDI possui um ponto de foco específico: o momento designado para a deliberação. No caso de cortes e tribunais, esse momento é, em tese, a sessão de julgamento, em que os membros se reúnem em torno de um caso para decidi-lo. Toda a dinâmica de acontecimentos decisórios ocorridos nas sessões de julgamento, como vimos, é transcrita e publicada em acórdãos, documentos escritos que, portanto, têm a árdua tarefa de descrever, minuciosa e precisamente, os principais pontos tratados na solução do caso. Inerente a todo ato de medida, existem indicadores de reputação – padrões – pré-determinados que necessitam de precisão, clareza e base teórica sólida. Assim, afirmam Epstein e King, afigura-se possível a avaliação de um método de medida segundo duas dimensões críticas – confiabilidade e validade.[240-241]

---

[240] Segundo Epstein e King, confiabilidade (*reliability*) é a extensão à qual se pode replicar uma medida, reproduzindo o mesmo valor no mesmo padrão para o mesmo tópico a um mesmo tempo. Em uma pesquisa empírica, uma medida confiável é capaz de produzir o mesmo resultado repetidamente, indiferentemente do caso ou da pessoa que está realizando a medida. Ou seja: é a possibilidade de a mesma medida ser replicada por outros pesquisadores. Mesmo com instruções explícitas, entretanto, erros na codificação podem ocorrer. Isto se

Daí por que a explicação do procedimento de análise da EDI impõe, primeiro, deixar claros quais são e no que consistem os conceitos que ela adota.

Conceitos adotados pela EDI

Cortes constitucionais devem ser instituições deliberativas. As razões por que essa tese foi adotada como premissa já foram objeto dos capítulos anteriores, restando agora saber em que medida o processo decisório no Supremo Tribunal Federal atende a essa concepção. Para analisar o desempenho deliberativo da Corte, é necessário precisar qual será a medida qualitativa adotada. Indicá-la, porém, implica esclarecer o que se entende por *deliberação*, *deliberação interna*, *deliberação externa*, *processo decisório* e *desempenho deliberativo*. Os cinco conceitos, de uso recorrente em todo o texto, são fundamentais para que o estudo esteja assentado em bases científicas e por isso devem ser bem assimilados – é preferível reiterá-los do que deixar vago o norte conceitual que servirá de parâmetro, sob pena de a pesquisa converter-se em *achismo* e perder credibilidade.[242]

---

dá porque eles, ou o codificador, podem registrar incorretamente um valor, ou interpretar mal um determinado dado. Portanto, é inexorável a existência de uma certa margem de erro. Já a validade (*validit*y) é a extensão à qual uma medida confiável reflete o conceito fundamental sendo medido. Ela pode ser medida segundo três critérios: validade visual (*facially valid*), imparcialidade (*unbiased*) e eficiência (*efficiency*). Uma medida é visualmente válida só é consistente com evidência prévia. De outro lado, será imparcial se produz medidas que, em média, estão certas após repetidas aplicações. Já a eficiência indica o grau de confiabilidade de medidas imparciais – se, por exemplo, tivéssemos acesso a duas balanças de banheiro, cada uma das quais imparcial, mas uma produzisse erros menores em uma medida, escolheríamos esta última. A ideia da eficiência está ligada à ideia básica de escolha da variação mínima (EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002. pp. 80-97).

[241] Para alguns exemplos de pesquisa empírica de mensuração aplicada a tribunais e cortes, veja LAWLESS, Robert; MURRAY, Dylan Lager. An empirical analysis of bankruptcy certiorari. *Missouri Law Review*, v. 62, n. 1, 1997. pp 101-134; REVESZ, Richard L. Environmental Regulation, Ideology, and the D. C. Circuit. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 8, nov. 1997. pp. 1717-1772; ESKRIDGE, William N., Jr. Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions. *Yale Law Journal*, n. 101, 1991. pp. 331-445; _____. Reneging on history? Playing the Court/Congress/President civil rights game. *California Law Review*, n. 79, n. 3, 1991. pp. 613 -684; SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U. S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, jun. 1989. pp. 557-565; SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. The U. S. Supreme Court judicial database: providing new insights into the Court. *Judicature*, v. 83, n. 5, 2000. pp. 228-235.

[242] A construção de um arcabouço teórico de conceitos-chave deve anteceder a coleta, análise e interpretação de dados. Isso evita interpretativismos. Os manuais de metodologia indicam que o estabelecimento de um arcabouço teórico é imprescindível nos estudos exploratórios (GIL, Antonio Carlos. *Estudo de caso*: fundamentação científica, subsídios para coleta e análise de dados e como redigir o relatório. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 47). Também pode ser encontrado em Tormin um alerta sobre a necessidade de indicação expressa ao leitor, em pesquisas empíricas relacionadas ao tema da deliberação, o que se entende por *deliberação, processo decisório* e *desempenho deliberativo* (veja TORMIN, Mateus Matos. Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: o esboço de um modelo de análise. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, São Paulo, 2013. p. 102 e seguintes).

Como registrado no primeiro capítulo, o conceito de *deliberação* que a dissertação adota é o formulado por Conrado Hübner Mendes: trata-se da prática respeitosa e inclusiva de argumentação conjunta realizada enquanto se busca, continuamente, soluções para demandas decisórias; uma prática que permite a formação de determinado posicionamento por meio da troca sincera de argumentos na busca do consenso, que, por sua vez, não necessariamente ocorrerá.[243] A deliberação pode ser *interna* ou *externa*. John Ferejohn e Pasquale Pasquino definem a deliberação interna como o esforço persuasivo e argumentativo empregado no interior de um grupo com a intenção de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma certa direção; já a deliberação externa seria o emprego do mesmo esforço persuasivo e argumentativo para influenciar ações tomadas fora do grupo. Deliberação interna envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos de membros do próprio grupo. Deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos vindos de pessoas de fora do grupo.[244] *Processo decisório* é o conjunto de ações e procedimentos estabelecidos para a tomada de uma decisão. *Desempenho* ou *performance deliberativa* é o conjunto de características de uma corte ou tribunal comparado a requisitos ou expectativas pré-definidas – neste caso, ao conceito de deliberação.

Tabela 3: Conceitos adotados na classificação qualitativa de dados

Identificação	Definição
Deliberação	Prática respeitosa e inclusiva de argumentação conjunta realizada enquanto se busca, continuamente, soluções para demandas decisórias; uma prática que permite a formação de determinado posicionamento por meio da troca sincera de argumentos na busca do consenso, que, por sua vez, não necessariamente ocorrerá

[243] Tradução livre. Evitando prejuízo de significado, veja-se o original: "Deliberation features no less than a respectful and inclusive pratice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 14).

[244] Tradução livre. Evitando prejuízo de significado, veja-se o original: "We may distinguish two kinds of deliberative practices as 'internal' and 'external'. Internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action. External deliberation is the effort to use persuasion and reasoning to affect actions taken outside the group. Internal deliberation involves givind and listening reasons from others within the group. External deliberation involves the group, or its members, giving and listening to reasons coming from outside the group" (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, p. 1692).

Deliberação interna	Esforço persuasivo e argumentativo empregado no interior de um grupo com a intenção de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma certa direção. Envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos de membros do próprio grupo
Deliberação externa	Esforço persuasivo e argumentativo empregado para influenciar ações tomadas fora do grupo, com a intenção de fazer com que todos os interlocutores decidam em uma certa direção. Envolve o grupo, ou seus membros, expondo e ouvindo argumentos vindos de pessoas de fora do grupo
Processo decisório	Conjunto de ações e procedimentos estabelecidos para a tomada de uma decisão
Desempenho ou performance deliberativa	Conjunto de características de uma corte ou tribunal comparado a requisitos ou expectativas pré-definidas – no caso da pesquisa, ao próprio conceito de deliberação

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados da pesquisa

Uma vez postos esses conceitos, possível, então, apontar qual a medida qualitativa a ser adotada, na medida em que se pretende aferir a qualidade deliberativa interna das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Se a deliberação é a prática que permite a formação de determinado posicionamento por meio da troca sincera de argumentos entre membros de um grupo que buscam consenso, então parece ser a *interação argumentativa* entre eles a medida qualitativa mais adequada para lograr alcançar aquele fim. Essa medida será classificada como *interação argumentativa* e seu oposto *interação não-argumentativa*, podendo ser aplicada tanto a deliberações internas como externas, conforme o esforço se dirija para membros do colegiado ou para o público externo.

Interação argumentativa significa, portanto, a comunicação relacionada à fala ou ao argumento de outrem, expressamente identificado ou não, realizada com intenção persuasiva ou esforço argumentativo visando convencer os interlocutores à formação de determinado posicionamento. Ao revés, *interação não-argumentativa* é a comunicação interpessoal simples, isto é, realizada sem intenção persuasiva específica ou emprego sincero de esforço argumentativo; não há, na *interação não-argumentativa*, ação empregada em relação ao argumento de outrem e no sentido de convencer os demais interlocutores à formação de determinado posicionamento.[245] Através da verificação da existência de interação

[245] A interação argumentativa não se caracteriza pelo esforço em manipular ou persuadir, mas pelo enfrentamento argumentativo de determinada questão. Toda manifestação dos Ministros no contexto de um

argumentativa entre os membros de um grupo e sua frequência, parece ser possível aquilatar o desempenho deliberativo interno respectivo. Dessa maneira, as manifestações do colegiado, individual ou coletivamente, identificadas nos acórdãos selecionados, serão distribuídas segundo as categorias constantes do quadro abaixo. Como no procedimento decisório o voto do relator é tido como ponto de partida, isto é, após o relatório a primeira manifestação específica sobre o caso é feita por ele, não há interação prévia possível com outro membro a permitir a sua classificação. Considerar esse voto como dado influenciaria de maneira expressiva a contagem final, razão pela qual foi excluído o voto do relator.

Tabela 4: Categorias de classificação dos votos ou manifestações dos Ministros

Categoria	Definição
Interação argumentativa	Comunicação relacionada à fala ou argumento de outrem, expressamente identificado ou não, realizada com intenção persuasiva ou esforço argumentativo visando convencer o interlocutor e/ou o grupo à formação de determinado posicionamento
Interação não-argumentativa	Comunicação interpessoal simples, isto é, realizada sem intenção persuasiva específica ou emprego de esforço argumentativo; não há ação empregada em relação ao argumento de outrem e no sentido de convencer os demais interlocutores à formação de determinado posicionamento

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados da pesquisa

Procedimento

Uma vez dados os conceitos, podemos avançar. O procedimento de análise da ADI é objetivo: consiste num modelo trifásico de classificação. Cada fase será chamada de *Momento* (M) e identificada de acordo com a ordem de sua consecução (M_x). Assim, teremos o Momento 1 (M_1), Momento 2 (M_2) e Momento 3 (M_3). O M_1 consiste na análise em profundidade do acórdão e de seus elementos textuais buscando identificar a ocorrência de interações entre os integrantes do colegiado. Cada interação é, então, catalogada em ficha própria quanto ao número da página de sua ocorrência e classificada em *argumentativa* (*ia*)

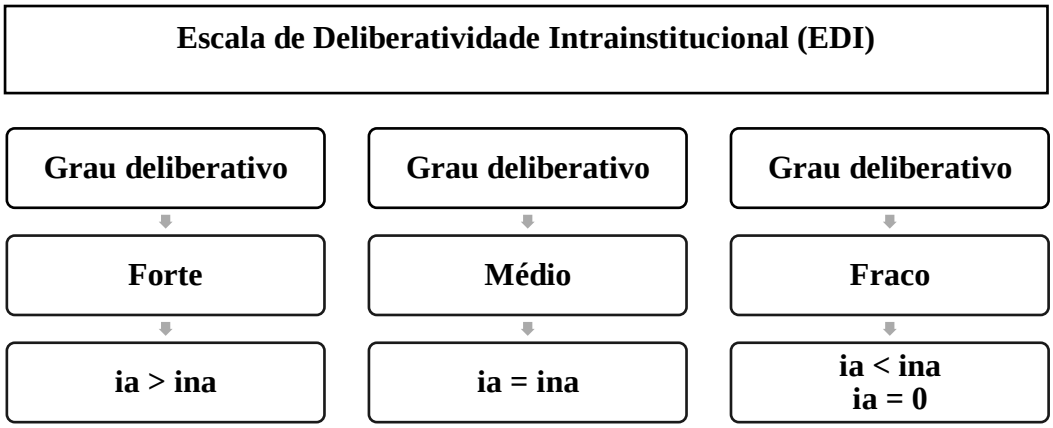
julgamento é persuasória; mas isso não significa que todas possam ser classificadas como argumentativas no sentido do que estamos propondo. Há aquelas interações retóricas, protocolares, que não servem a fins lógicos ou argumentativo-racionais.

ou *não-argumentativa* (*ina*). No M_2, o voto ou manifestação de cada membro recebe uma classificação, que varia em graus – *forte*, *médio* ou *fraco* – determinados segundo a predominância de uma das duas categorias de interação. Um voto possuirá grau de deliberatividade *forte* quando o número de interações argumentativas (*ia*) for maior (*ia* > *ina*) que o número de interações não-argumentativas (*ina*). O grau será médio quando interações argumentativas (*ia*) e interações não-argumentativas (*ina*) se equivalerem (*ia* = *ina*). Será fraco quando interações não-argumentativas predominarem sobre as argumentativas (*ia* < *ina*) ou, também, quando o número destas for igual a zero (*ia = 0*).

Finalmente, no M_3, o grau deliberativo da sessão é classificado em *fraco*, *médio* ou *forte* conforme aquele que tenha sido predominante na fase anterior. Assim, o grau deliberativo de uma sessão de julgamento, por exemplo, será *forte* quando a classificação dos votos dessa natureza, na fase anterior, constituírem maioria. Se votos *fortes* e *fracos* estiverem na mesma quantidade, a sessão será considerada com grau deliberativo *médio*. Se os votos com grau deliberativo *fraco* predominarem, a sessão também será assim classificada.

Como se vê, a EDI tem como competência geral produzir evidências capazes de subsidiar ou, quando menos, alertar, para um quadro institucional subótimo, permitindo, assim, eventual melhoria ou a imaginação de formas alternativas de desenho. Argumentos com carga empírica, originados de sua aplicação, podem contribuir para o debate em curso sobre o processo decisório nos tribunais e cortes.

Figura 2: Classificação na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)



Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados da pesquisa

III
A SESSÃO DE JULGAMENTO COMO SESSÃO DELIBERATIVA: UM ESTUDO SOBRE O STF

Nesta subseção, a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI) será aplicada ao universo de análise selecionado. Em todos os casos, o texto seguirá a seguinte ordem de estrutura: *(i)* identificação através da ficha catalográfica; *(ii)* breve síntese do caso; *(iii)* análise dos votos; *(iv)* aplicação da EDI. Para facilitar a visualização e tornar a leitura menos enfadonha, em todos os votos os argumentos utilizados serão resumidos e numerados conforme a ordem (A_1, A_2, A_3... A_x). Os argumentos indicados no texto foram todos formulados nos próprios autos das ações objeto de análise. O que a dissertação faz é apenas mapeá-los e sintetizá-los. No rodapé, para cada interação verificada, haverá a indicação da página respectiva no acórdão. A referência da página considera o documento em formato *portable document format* (*.pdf*) publicado no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet (*http://portal.stf.jus.br/*).

Os votos que seguirão classificados após o voto do relator estão organizados segundo a ordem de manifestação ocorrida no julgamento do caso. O voto do relator não é classificado. É possível, no entanto, que o leitor se depare com votos que não interajam argumentativamente com outros votos. Isso não significa que aquele voto não possui fundamento ou que o Ministro não empregou nenhum argumento no desenvolvimento de suas ideias, mas apenas que, sob a perspectiva da deliberação, o voto, senão por coincidência, não entrou em diálogo direto com os demais posicionamentos. Isso também vale para as classificações menos qualificadas. Se, por exemplo, o grau deliberativo de um voto é indicado como fraco, não se pode inferir que ele carece de fundamento. Não é disso que se trata a análise. Significa, mais uma vez, sob a perspectiva adotada, que não houve uma intercomunicação considerável com os outros votos. Quando uma Ministra ou o Ministro argumenta oralmente, em complemento ao voto escrito, desde que publicado o debate no acórdão, não há exclusão. Tendo integrado o contexto decisório, ambos são considerados – tanto a manifestação oral quanto a escrita.

III.1 Corte Cármen Lúcia (2016-2018) – ADI 4.983

III.1.1 Ficha catalográfica

Tema: Maus tratos e crueldade na prática da vaquejada	
Direito ou garantia fundamental envolvido: Direito ao meio ambiente e a vedação à crueldade contra animais (CRFB, art. 225; especificamente art. 225, §1.º, VII) *versus* o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade (CRFB, art. 215) e o patrimônio histórico do povo nordestino como direito fundamental coletivo (CRFB, art. 216)	
Tipo de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)	**Procedência**: Ceará (CE)
Relator: Marco Aurélio	**Data de julgamento**: 12-08-2015, 02-06-2016 e 06-10-2016 (assentada final)
Autor: Procurador-Geral da República	**Resultado**: Procedente
Intimado: Governador do Estado do Ceará	**Placar**: 6-5
Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará	**Impedimento ou suspeição**: Não

III.1.2 Breve relatório do caso

Na ADI 4.983, o Procurador-Geral da República buscava o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei estadual cearense (Lei n.º 15.299/13) que regulamentava, naquele Estado, a vaquejada como prática desportiva e cultural. O conflito entre normas constitucionais envolvia, de um lado, o direito ao meio ambiente (CRFB, art. 225) e, de outro, o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade (CRFB, art. 215). Por haver pedido liminar para suspender a eficácia de lei impugnada, foi acionado o rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/99.[246]

A vaquejada violaria, especificamente, o art. 225, §1.º, VII, da Constituição, que assegura a proteção da fauna e da flora e veda práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.[247] Falar da prática da vaquejada em sentido amplo, sem especificação de conduta, parece contraintuitivo. Segundo consta dos autos, o que violaria a Constituição Federal seria, especificamente, o fato de que, diferentemente do que acontecia no passado, "os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados" – aberto o portão, o boi corre e, então, seria "conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido

[246] Lei n.º 9.868/99, art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

[247] CRFB, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado". Laudos técnicos apresentados na inicial concluíram pela "presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com consequente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental". Outros estudos teriam revelado "lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite tarsica". A vaquejada, por esses motivos, implicaria tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas.[248]

Para o Governo do Estado do Ceará, não: além de sustentar a importância histórica da vaquejada, sua regulamentação serviria justamente à proteção de bens constitucionais. A prática adequada do evento também previa sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos, servindo, ainda, de incentivo ao turismo e fonte de empregos sazonais de alta relevância para a economia local. Assim, a vaquejada não apenas seria direito cultural, mas, também, como direito fundamental coletivo, patrimônio histórico do povo nordestino (CRFB, art. 216).[249]

O relatório possui cinco páginas. A Advocacia-Geral da União posicionou-se pela procedência do pedido. A Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) foi admitida como *amicus curiae* pelo relator e a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, oficiada, não apresentou manifestação. Foram arguidas três preliminares: inépcia da inicial, pela formulação de alegações genéricas; a inadequação da via eleita, em razão da necessidade de apreciação de questões fáticas; e a impossibilidade de exame do pedido, uma vez que a Lei Federal n.º 10.220/01, que classificou a vaquejada como rodeio, não houvera sido impugnada. Todas foram rejeitadas.

III.1.3 Análise dos votos

Voto do Ministro Marco Aurélio (R)

No mérito, o primeiro argumento do relator para julgar procedente o pedido formulado foi o de que, em casos similares anteriormente enfrentados pela Corte, envolvendo conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício de direitos

[248] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 12 de agosto de 2015. p. 5.
[249] CRFB, art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] II - os modos de criar, fazer e viver.

culturais, este último cedera diante da verificação de crueldade exercida contra animais. Assim, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos, haveria de se assegurar, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, condições ecologicamente equilibradas (A_1).[250] O segundo argumento empregado foi o de que, embora afirmada a possibilidade da prática ser realizada sem ameaça à saúde dos animais, tal era impossível, pois a crueldade com os bovinos seria inerente à vaquejada, à própria forma como a prática seria posta e desenvolvida (A_2). O terceiro argumento foi objetivo: a tortura e maus-tratos infringidos aos bovinos, como descrita, alcançaria a expressão "crueldade", inserida na parte final do inciso VII do §1.º do art. 225 da Constituição Federal (A_3). O voto do relator possui seis páginas.

Voto do Ministro Edson Fachin

Inaugurando a divergência, para o Ministro Fachin, a prática da vaquejada, reconhecida enquanto manifestação cultural, estaria protegida pelo art. 215, *caput* e §1.º da Constituição.[251] Assim, seu primeiro argumento em favor da constitucionalidade da lei cearense foi o de que, pelo próprio texto constitucional, o processo civilizatório não conduziria ao apagar de manifestações insculpidas como tradição cultural, ligada a uma noção mais ampla do que se tenha por meio ambiente (A_1). Depois, quanto aos precedentes do Supremo citados, não haveria prova cabal, no sentido de atestar a crueldade, capaz de aproximar os casos (A_2).

Para Fachin, o olhar sob o qual o caso deveria ser observado seria o da realidade advinda da população rural. Dessa maneira, a prática apontada amoldar-se-ia à previsão do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal – a atividade constituiria o próprio modo de criar, fazer e viver da população sertaneja do país (A_3). O voto de Fachin possui três páginas e, em termos deliberativos, foram contabilizadas duas interações argumentativas e duas não-argumentativas.[252] Não tendo havido predominância de categoria (*ia = ina*), de acordo com a

---

[250] Precedentes citados: RE 153.531/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 03.06.1997, Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio, conhecido como *Caso Farra do Boi*; e ADI 2.514/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.06.2005, conhecido como *Caso Briga de Galos*. Ainda que de passagem, cabe observar que o Ministro não cita os precedentes de forma retórica. Ele retoma dados do caso e os coteja com o caso objeto de decisão, buscando verificar a existência de tratamento cruel às espécies animais envolvidas.

[251] CRFB, art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[252] Interações argumentativas: com os Ministros Marco Aurélio, relator, às fls. 15, sobre a similaridade ou não do *Caso Farra do Boi* e do *Caso Briga de Galo* em relação ao caso dos autos, e Roberto Barroso, às fls. 109.

Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), o voto de Fachin obteve grau deliberativo *médio*.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ao concluir pela improcedência dos pedidos formulados na ação, apresentou doze interações argumentativas e sete não-argumentativas.[253] A predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*), de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), ensejou a classificação do voto como sendo deliberativamente *forte*. Três argumentos centrais foram identificados na fala de Gilmar: que não se poderia considerar a lei inconstitucional pela semelhança com os precedentes da Corte, pois não visualizava sua aplicabilidade ao caso (A_1); que práticas culturais fortes, como a vaquejada, ao exigirem da Corte *self-restraint*, indicariam como adequada outra medida que não a proibição – a melhor saída seria, naquele caso, a regulação (A_2); e, por fim, que declarar a inconstitucionalidade da norma resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam à prática da vaquejada em caráter amador ou profissional, junto às pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo, considerado por Mendes, inclusive, uma espécie de desporto (A_3).

Após o voto de Gilmar Mendes, o à época Presidente da Corte, Ricardo Lewandowski, percebeu o tom diametralmente antagônico dos votos contabilizados até ali. Então, interviu para sugerir que a Corte chegasse a um meio-termo, evitando a proibição total ou a liberação sem restrições. Sinalizou para que evitassem os extremos. Como exemplo, apontou medidas regulatórias e sancionatórias impostas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para permitir a realização da Festa do Peão de Boiadeiro que ocorre na cidade de Barretos, no interior do Estado de São Paulo. Como se sabe, Lewandowski é egresso daquele Tribunal. Após sua fala, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.[254]

Interações não-argumentativas: com Rosa Weber e Celso de Mello, às fls. 109, e Gilmar Mendes e Dias Toffoli, também às fls. 109.

[253] Interações argumentativas: com os Ministros Marco Aurélio, às fls. 17 e 19; Edson Fachin, às fls. 18 e 136; Marco Aurélio e Teori Zavascki, às fls. 62; Luiz Fux, às fls. 102, 103 e 104; Roberto Barroso, às fls. 111 e 138; em exercício de *distinguishing*, com o argumento que invocava precedentes da Corte, às fls. 136; e em discordância ao argumento que entendia pela crueldade da prática, também às fls. 136. Em essência, com relação ao relator, Marco Aurélio, foram apresentados contra-argumentos ao raciocínio condutor do voto proferido. Interações não-argumentativas: com os Ministros Fachin, às fls. 19 e 101; Roberto Barroso, às fls. 101 e 106; Teori Zavascki, às fls. 101; Luiz Fux, às fls. 104; e Dias Toffoli, às fls. 104.

[254] Talvez seja interessante, nesse ponto, transcrever, na íntegra, o seguinte trecho da fala de Roberto Barroso: "Como quase todos aqui, estudei Direito - até cruzei com alguns bois e vacas no caminho, mais vacas do que bois, até porque meu pai tinha uma fazendola que produzia leite -, mas acho que aqui há uma implicação cultural

Com a antecipação do pedido de vista de Barroso, o Ministro Luiz Fux não proferiu seu voto e optou por aguardar as razões que aquele primeiro traria, a propósito de interromper o julgamento para aprofundar-se sobre questões de fato acerca da prática da vaquejada. Embora não seja possível afirmar que, naquele momento, Fux já havia redigido seu voto, ao menos em tese, a postura do Ministro parece denotar uma abertura em potencial para ser influenciado pelo argumento e pelo ponto de vista do outro.[255]

Voto-vista do Ministro Roberto Barroso

A retomada do julgamento com o voto-vista de Roberto Barroso empatou o placar do resultado – dois eram os votos pela improcedência (Fachin e Mendes) e dois pela procedência (Marco Aurélio e Barroso). No voto de Barroso foram identificados quatro argumentos centrais: primeiro, que a vedação de práticas que submetam animais a crueldade, por constituir proteção constitucional autônoma, imporia o dever de resguardar os animais contra atos cruéis independentemente de haver consequências para o meio-ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies (A_1); segundo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, *caput* e §1.º) e, de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), era firme no sentido de interditar manifestações culturais que importassem crueldade contra animais (A_2).

Um terceiro argumento levantado por Barroso seria a constatação de que, na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, apresentaria ação

---

relevante, e há uma implicação relevante de saber se há crueldade e o nível de crueldade. E esta não é uma questão de escolha, nem de ponderação em abstrato, esse é um fato da vida. Portanto, eu gostaria de me instruir melhor sobre a real situação de fato, porque, evidentemente, se há uma manifestação cultural legítima que causa dramática crueldade ao animal, eu não teria dúvida de me manifestar contra. Se há uma manifestação cultural que não causa, como regra, um sofrimento irrazoável ao animal, eu acho que a visão deve ser diferente. E não me sinto, nesse momento e nesse ponto de observação, em condições de arbitrar esse conflito de interesses, na verdade, essa colisão de bens constitucionais. Então, por essa razão, Presidente, eu gostaria de pedir vista, menos por uma questão de direito, mais por uma questão de fato. Mas gostaria de ouvir, independentemente disso, o eminente Ministro Fux" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 12 de agosto de 2015. p. 21).

[255] A fala de Fux teve o tom seguinte: "Eu vou, evidentemente, aguardar, como sempre, o voto profícuo do Ministro Luís Roberto Barroso. [...] Mas, a respeito do que Vossa Excelência destacou, que a Corte eventualmente pudesse chegar a um meio-termo, eu também não entendo de vaquejada, não sei que tipo de regra se poderia estipular. Então, como o Ministro Luís Roberto vai levar em consideração todos os fatos e pediu vista, eu também somente gostaria de destacar, como Vossa Excelência sugeriu um meio-termo, que nós estamos enfrentando uma lei, a inconstitucionalidade de uma lei, que vem exatamente ao encontro da Constituição Federal" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 12 de agosto de 2015. p. 21-22).

inerentemente cruel e lesiva para o animal (A_3). O quarto argumento apontou, enfim, a possibilidade da regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. Mas no caso da vaquejada, tornar-se-ia impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática (A_4). O Ministro Roberto Barroso apresentou um voto de trinta e duas páginas com vinte e seis interações no total, sendo vinte e uma argumentativas contra cinco não-argumentativas.[256] A conclusão foi pela procedência dos pedidos e o grau deliberativo do voto, na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), considerando a predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*), foi classificado como *forte*.

Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori concordou que, apesar de característica, a vaquejada até poderia ser uma prática condenável sob a ótica de eventual tratamento cruel a um animal. Contudo, ao acompanhar a divergência, argumentou que a vaquejada não seria o objeto da ação, mas, sim, a lei estadual cearense que a regulamentava, a qual, como estava colocada, para ele, não era inconstitucional (A_1).[257] Este, portanto, foi seu único argumento: que se deveria distinguir a constitucionalidade da vaquejada como prática cruel e a constitucionalidade da lei cearense.

A falta de consenso sobre o objeto da ação – *afinal, o que estamos decidindo?* – demonstra que a elaboração dos votos em gabinete, de forma individualizada, sem um ponto comum fixado anteriormente, pode fazer com que cada deliberador parta de um pressuposto cognitivo distinto. As consequências: embaraços deliberativos na fase pós-decisional, por causar uma cortina de fumaça antes da identificação transparente da *ratio* do julgamento.[258] O

[256] Interações argumentativas: com os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, às fls. 21; Luiz Fux, às fls. 22; Marco Aurélio, às fls. 30; e com os argumentos discutidos por todos – Gilmar Mendes, Edson Fachin e Marco Aurélio – às fls. 33, 40, 41, 46, 48, 53, 54, 55 e 113. Houve, ainda, aparte considerado argumentativo durante o voto do Ministro Teori Zavascki, às fls. 60 e 112, e interação com Gilmar Mendes, às fls. 62, 106, 107 e 108. Interações não-argumentativas: com Edson Fachin e Marco Aurélio, às fls. 21, duas ocasiões, e Luiz Fux, às fls. 22, 108 e 112.

[257] Nas palavras de Zavascki: "[...] De modo que, aqui, não se está discutindo diretamente - pelo menos numa ação direta nem seria cabível - a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 2 de junho de 2016, p. 59).

[258] Barroso aparteou durante o voto do Ministro Teori para esclarecer esse argumento. Não houve, por parte de Teori, nenhum tipo de resposta. A resposta de Teori Zavascki foi singela: "Certo". E retomou o que estava falando: "Como eu disse, Senhor Presidente, nós não estamos aqui julgando a inconstitucionalidade, ou não, da vaquejada; nós estamos discutindo aqui [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 2 de junho de 2016. p. 60). Também aparteou Marco

Ministro Teori Zavascki votou em seis páginas, contabilizando-se três interações argumentativas e três não-argumentativas.[259] A conclusão foi pela improcedência dos pedidos e o voto, na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, considerando a inexistência de predominância entre as categorias de interação (*ia* = *ina*), foi classificado como deliberativamente *médio*.

Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber votou em onze páginas, contabilizando-se cinco interações argumentativas e cinco não-argumentativas.[260] A conclusão foi pela procedência dos pedidos e o voto, na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, equivalentes as interações argumentativas e não-argumentativas (*ia* = *ina*), foi classificado como deliberativamente *médio*. Na concepção da Ministra, a garantia e incentivo das manifestações culturais pelo Estado seriam claras; mas que este mesmo Estado não toleraria crueldade contra os animais. Ou seja: o Estado não incentivaria, nem garantiria manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais, como naquele caso (A_1). Seria essa, inclusive, a orientação da Casa para hipóteses similares (A_2).

Com isso, Rosa Weber sustentou que a violência e a crueldade ao animal eram ínsitas à vaquejada e, assim, por mais que esta seja uma manifestação cultural, não encontraria agasalho no artigo 215 da Constituição (A_3). Além disso, afirmou que o bem protegido no inciso VII do §1.º do artigo 225 da Constituição Federal possuiria uma matriz biocêntrica, conferindo valor intrínseco também às formas de vidas não humanas, no caso, os chamados seres sencientes (A_4). A Ministra não leu voto escrito; apenas o antecipou oralmente e fê-lo juntar ao acórdão final publicado.

Voto do Ministro Luiz Fux

Aurélio, esclarecendo da mesma maneira qual fez Barroso. Interviu Gilmar Mendes em sentido contrário, no que foi contraposto por Barroso. Notando a discussão, interessante do ponto de vista deliberativo, a postura do Presidente foi a de interferir provocando a sua cessação. Foi, então, dada a palavra ao Ministro Teori para que finalizasse seu voto. O ponto permanecera obscuro – não mais foi discutido; sobre ele não se chegou a nenhum consenso e nem o dissenso foi abrandado.

[259] Interações argumentativas: com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 58-59 e 111-112, e com Marco Aurélio e Roberto Barroso, às fls. 59. Interações não-argumentativas: com Marco Aurélio, Edson Fachin e Roberto Barroso, às fls. 58; Roberto Barroso, às fls. 60; e Marco Aurélio, Roberto Barroso e Gilmar Mendes às fls. 63.

[260] Interações argumentativas: com os Ministros Teori Zavascki, às fls. 65, e Roberto Barroso, às fls. 65; Marco Aurélio, às fls. 68, Gilmar Mendes, às fls. 70 e Marco Aurélio e Roberto Barroso às fls 77. Interações não-argumentativas: com Marco Aurélio, Roberto Barroso e os demais, às fls. 76; com Zavascki, apenas, às fls. 64; Roberto Barroso, também às fls. 64; Marco Aurélio, às fls. 77; e com todo o Pleno, às fls. 78.

Com quatro páginas, votou o Ministro Luiz Fux pela improcedência do pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República. No total, seu voto apontou cinco interações não-argumentativas e cinco interações argumentativas.[261] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, considerando a equivalência entre as categorias de interação (*ia = ina*), o voto foi classificado como deliberativamente *médio*. Fux afirmou que, em havendo uma colisão de princípios, ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação se dá na via legislativa. Naquele caso, como a ponderação fora legislativa, o Judiciário teria de ser a ela deferente, já que o legislador avaliara todas as condições para a prática desportiva, verificando que, com os cuidados da lei, seria possível a realização da vaquejada (A_1). Após o voto de Fux, o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos para análise. Antes do encerramento da sessão, pediu a palavra o Ministro Celso de Mello para antecipar seu voto.

Voto do Ministro Celso de Mello

Proferido no sentido da procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará, o voto do Ministro Celso de Mello apresentou quatro interações argumentativas e uma interação não-argumentativa.[262] Assim, de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a predominância de interações argumentativas sobre não-argumentativas (*ia > ina*) permitiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *forte*. Foram colhidos quatro argumentos principais no voto de Celso de Mello: que o ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impunha, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas portanto práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, ainda, que submetam os animais a atos de crueldade (A_1); e que o Supremo, em

[261] Interações argumentativas: com Marco Aurélio e Roberto Barroso, às fls. 21, 22, 75 e 113, e Teori Zavascki, às fls. 112. Interações não-argumentativas: com os Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio, às fls. 22; Roberto Barroso e Lewandowski, às fls. 21; todos os que haviam votado anteriormente, às fls. 78; Roberto Barroso, às fls. 176; e Marco Aurélio, às fls. 177.

[262] Interações argumentativas: sem identificar expressamente seus interlocutores, as interações se deram com argumentos arguidos em plenário pelos demais membros: às fls. 87, com o argumento da imperatividade da vedação constitucional à crueldade contra animais; às fls. 88, com a aplicabilidade dos precedentes da Corte ao tema; às fls. 90, com o argumento de que a crueldade seria ínsita à prática da vaquejada; e, às fls. 94, para refutá-los, com os argumentos de Fachin e Mendes construídos no sentido de que a atividade dotar-se-ia de forte tradição cultural, e por isso justificada. Interação não-argumentativa: com todos os que haviam votado anteriormente, às fls. 100.

tema de crueldade contra animais, já advertira que essa prática seria incompatível com o disposto no art. 225, §1.º, inciso VII, da Constituição (A_2).

Os terceiro e quarto argumentos foram no sentido de que a crueldade seria inerente à vaquejada (A_3); e que a vaquejada não poderia ser qualificada como atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica, mas prática criminosa de atos de crueldade contra animais (A_4). O voto de Celso de Mello desempatou a votação. Por esse motivo, depois de ter sido proferido, houve intervenção por parte de Gilmar Mendes na qual, confirmando seu voto, reafirmou alguns argumentos que havia levantado outrora. Entretanto, em sua manifestação, Mendes não enfrentou os argumentos contrários – apenas repisou o que já havia dito. Houve aparte de Barroso acerca dos argumentos de Mendes, que não refutou. Seguiu-se a confirmação de voto de Fachin e nova observação de Mendes. De tudo, o que se observa é que os debates, apesar de ocorrerem, apresentam uma espécie de seletividade argumentativa. Não há desconstrução lógica direta do argumento de outrem. Fachin, mesmo tendo sido refutado, especificamente, por Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, ao reiterar a divergência acabou por não enfrentar, de forma específica, os argumentos que lhe foram suscitados. Apenas fez reiterar o que afirmara Teori Zavascki.

Voto-vista do Ministro Dias Toffoli

Com os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello julgando procedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux julgando-o improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Seu voto-vista, proferido no sentido da improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará, apresentou sete interações argumentativas e duas interações não-argumentativas.[263] Assim, de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), a predominância de interações argumentativas sobre não-argumentativas (*ia* > *ina*) permitiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *forte*.

Toffoli elencou quatro justificativas para seu posicionamento. Primeiro, considerou que a vaquejada, prática esportiva, festiva e secular, por pertencer à cultura do povo nordestino brasileiro, haveria de ser preservada dentro de parâmetros e regras aceitáveis para

[263] Interações argumentativas: com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 114, e com o argumento da prática da vaquejada como cultura e sua adequada regulamentação, às fls. 118. Foi realizada distinção na aplicabilidade dos casos *Farra do Boi* e *Briga de Galo* às fls. 119 e houve interação com os Ministros Edson Fachin, às fls. 120 e 121, Teori Zavascki, às fls. 121, e Gilmar Mendes, às fls. 121. Interações não-argumentativas: com os membros do colegiado que já haviam votado, às fls. 117, e com Marco Aurélio e Edson Fachin, às fls. 117.

nosso atual momento cultural de vivência (A_1). Depois, afirmou que havia, no caso, elementos de *distinguishing* a impedir a aplicação dos precedentes invocados pelo relator (A_2). Entendeu também que, na vaquejada, os animais não se submeteriam a uma preparação torturante e cruel (A_3); e que aquela era uma hipótese de opção legislativa, portanto ponderação que deveria ser feita pela sociedade e por seus representantes eleitos – e não pelo Judiciário (A_4).

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski votou pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará. Sua manifestação apresentou duas interações argumentativas, duas não-argumentativas e desempatou o placar de julgamento.[264] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a equivalência entre interações argumentativas e não-argumentativas (*ia* = *ina*) classificou o voto como deliberativamente *médio*. Para Lewandowski, a atividade da vaquejada revelava prática cruel contra bovinos (A_1) e a perspectiva biocêntrica do art. 225 da Constituição atraíra para o caso a incidência dos princípios da precaução e do cuidado (A_2). No mais, o Ministro incorporou todos os demais argumentos do relator, Ministro Marco Aurélio.

Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, votou pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 15.299/13. O voto de duas páginas apresentou duas interações não-argumentativas e duas interações argumentativas.[265] Para a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), este voto pôde ser classificado como deliberativamente *médio*, em razão da equivalência entre interações argumentativas e não-argumentativas (*ia* = *ina*).

Apresentação de voto escrito pelo Ministro Gilmar Mendes

---

[264] Interações argumentativas: com o Ministro Marco Aurélio, às fls. 124, e às fls. 125 com Roberto Barroso, sobre o argumento da aplicabilidade do princípio da precaução. Interações não-argumentativas: com o relator e divergentes, às fls. 123, por duas ocasiões.

[265] Interação argumentativa: não fazendo referência expressa a qualquer pessoa, as interações deram-se, às fls. 126, com o argumento contrário à inconstitucionalidade da lei – aquele inicialmente arguido por Teori Zavascki no sentido da inexistência de vício material na previsão de dispensa de um tratamento menos cruel ou mais cuidadoso aos animais envolvidos na vaquejada – e com o argumento da indissociabilidade de atos de crueldade com a prática da atividade, também às fls. 126. Interações não-argumentativas: com Roberto Barroso e Dias Toffoli, às fls. 114, e Edson Fachin e Dias Toffoli, às fls. 126.

Na sessão do dia 06-10-2016, retomada com o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes fez juntar aos autos seu voto escrito. Apesar de vencido, é interessante registrar o fato porque, em suas razões, há menções expressas aos argumentos surgidos ao longo de todo o debate. Assim, caberia inclusive refletir até que ponto a interrupção da sessão de julgamento é benéfica – será que, sempre, todo pedido de vista será prejudicial à deliberação? Gilmar afirmou que, na realidade, a lei questionada prestigiara a prática da manifestação cultural e/ou "socioesportiva", reafirmando o comando do art. 215 da CRFB e proibindo determinadas condutas que possam afetar o âmbito da proteção do art. 225 da Carta (A_1).

Disse, ainda, que impedir a prática da vaquejada seria aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, consequentemente, desrespeitar o art. 215 da CRFB, possuidor da mesma densidade constitucional do art. 225 (A_2). Criticou dizendo que em vez de o Estado regular e determinar a observância de cuidados nos tratos dos animais, passaria a coibir a atividade em si, em claro prejuízo ao bem jurídico supostamente tutelado, que passaria a ficar sem auxílio de profissionais técnicos adequados (A_3).

Para Gilmar, não caberia ao Supremo dizer o que seria correto ou incorreto naquela situação, já que, mesmo proibida, continuaria a existir (A_4). Disse também que se o simples fato de promover a derrubada do boi dentro de uma faixa delimitada configuraria maus-tratos em equinos e bovinos, também seria de se proibir a montaria de qualquer ser humano em cavalos, tendo em vista a submissão destes a incessante percurso com pessoa em sua garupa (cavalgadas) ou mesmo a treinos e competições (hipismo), que, não raras vezes, levam o animal e, consequentemente, sua musculatura a incomparável esforço físico (A_5).

III.1.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

No M_1, foram apuradas 63 interações argumentativas e 34 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua categoria

Ministro / Evento	Marco Aurélio	Edson Fachin	Gilmar Mendes	Roberto Barroso	Teori Zavascki	Rosa Weber	Luiz Fux	Celso de Mello	Dias Toffoli	Ricardo Lewandowski	Cármen Lúcia

Interação argumentativa	Relator	2	12	21	3	5	5	4	7	2	2
Interação não-argumentativa	Relator	2	7	5	3	5	5	1	2	2	2

M_2

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Marco Aurélio	Edson Fachin	Gilmar Mendes	Roberto Barroso	Teori Zavascki	Rosa Weber	Luiz Fux	Celso de Mello	Dias Toffoli	Ricardo Lewan-dowski	Cármen Lúcia
-	Médio	Forte	Forte	Médio	Médio	Médio	Forte	Forte	Médio	Médio

M_3

No M_3, a partir do critério da predominância do grau dos votos, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADI 4.983 foi considerado *médio*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério predominância
4	6	-	Médio	Médio

III.2 Corte Ricardo Lewandowski (2014-2016) – ADI 4.815

III.2.1 Ficha catalográfica

Tema: Consentimento prévio para publicação de biografias não autorizadas	
Direito ou garantia fundamental envolvido: Liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (CRFB, arts. 5.º, IV, IX, XIV; 220, §§1.º e 2.º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (CRFB, art. 5.º, X)	
Tipo de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)	**Procedência**: Distrito Federal (DF)
Relatora: Ministra Cármen Lúcia	**Data de julgamento**: 10-06-2015
Autora: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL	**Resultado**: Procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto

Intimado: Presidente da República	**Placar**: 9-0
Intimado: Congresso Nacional	**Impedimento ou suspeição**: Não

III.2.2 Breve relatório do caso

A ADI 4.815/DF foi ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), que buscava a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 do Código Civil.[266-267] Para isso, alegou que a interpretação que vinha dando o Judiciário à lei condicionava a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais à prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Segundo a ANEL, na medida em que a trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política de algumas pessoas tomara dimensão pública, elas passariam a gozar de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita. Sua história de vida passaria a confundir-se com a história coletiva, em razão da sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir a prévia autorização do biografado, ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida, importaria consagrar uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e ao direito à informação de todos os cidadãos.

Ao que consta, essa interpretação dada do Código Civil estaria produzindo efeitos sobre o mercado editorial e audiovisual: ao elevar o consentimento do biografado, escritórios de representação estariam negociando preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria. A questão, então, deixava de ser sobre a proteção de qualquer direito da personalidade do biografado para se tornar uma disputa puramente mercantil, uma espécie de leilão da história pessoal de vultos históricos, conduzido, muitas vezes, por parentes que jamais os conheceram. Isso ainda repercutiria na construção da memória coletiva da sociedade: historiadores e autores em geral perderiam o estímulo ao esbarrarem em familiares que formulavam exigências financeiras cumulativas e, por vezes, contraditórias.

A Associação também considerou graves as distorções provocadas por uma história contada apenas pelos seus protagonistas – no seu modo de ver, tratar-se-ia de um efeito

[266] Código Civil, art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

[267] Código Civil, art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

silenciador e distorcivo dos relatos históricos e da produção cultural nacional. O que pedia, então, era não afastar do mundo jurídico os dispositivos legais questionados, mas que a Corte os interpretasse de forma a compreender-se não incidente necessidade de autorização prévia do interessado quanto a obras biográficas literárias ou audiovisuais, tornando aquelas normas compatíveis com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais.

O Senado defendeu a constitucionalidade da lei, afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro não permitia a exploração comercial não autorizada da imagem das pessoas, nem a publicação de impressos ou audiovisuais com potencial ofensivo. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela procedência dos pedidos formulados na ação, enquanto a Advocacia-Geral da União manifestou-se por sua improcedência. O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), a ARTIGO 19 BRASIL, a Academia Brasileira de Letras (ABL), a Associação Eduardo Banks, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e o Instituto Amigo foram admitidos como *amici curiae*.

De um modo geral, a Corte entendeu que o direito à liberdade de expressão não poderia ser cerceado por particular e nem mesmo pelo Estado. Processualmente, a preliminar de ilegitimidade ativa arguida foi afastada: a associação, detentora de representação nacional e que congregava a classe dos editores, teria preenchido o requisito da pertinência temática e demonstrado a correlação entre seus objetivos e o conteúdo da norma impugnada.

III.2.3 Análise dos votos

Voto da Ministra Cármen Lúcia (R)

A relatora do caso, Ministra Cármen Lúcia, distribuiu a seus pares e demais sujeitos processuais um voto longo, contendo cento e vinte e quatro páginas. Não fez a leitura do texto na íntegra, mas a de uma síntese contendo as razões que fundamentavam sua conclusão. Em sentido amplo, os argumentos de seu voto passaram pelos parâmetros normativos constitucionais e as regras da interpretação demandada; pela questão da liberdade de expressão, de pensamento, de informação; pelos direitos à intimidade, à privacidade; pelo conceito de biografia, a sua história; e pelo que chamou de transcendência do direito à intimidade.

Para concluir pela procedência e dar aos dispositivos interpretação conforme, sustentou: que a Constituição da República assegurara como direitos fundamentais a liberdade

de pensamento e de sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica, cultural (A_1); que a Constituição garantira o direito de acesso à informação, no qual se compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado, além da liberdade de pesquisa acadêmica, para o que a biografia compõe fonte inarredável e fecunda (A_2); que a Constituição brasileira proibira censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem (A_3); que a Constituição vigente garantira, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da dignidade da pessoa, estabelecendo a consequência do descumprimento dessa norma pela definição da reparação de contrariedade a ela por indenização a ser definida (A_4).

Para Cármen Lúcia, a norma infraconstitucional não poderia cercear ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob o pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício das liberdades de forma diversa daquela constitucionalmente permitida, o que imporia buscar a interpretação que compatibilize a regra civil com a sua norma fundante, sob pena de não poder persistir no sistema jurídico (A_5). Sob essas razões, votou procedente o pedido formulado na ação para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, declarando inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas, literárias ou audiovisuais, fixada genericamente na regra civil, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Voto do Ministro Roberto Barroso

O voto do Ministro Barroso, proferido no sentido da procedência do pedido formulado na ação, apresentou seis interações argumentativas e duas não-argumentativas. Foi classificado em grau deliberativo *forte* na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, dada a prevalência de interações de caráter argumentativo (*ia* > *ina*).[268] Barroso afirmou que, no geral, estava em linha de concordância com Cármen Lúcia. Considerou, no entanto, possuir razões ligeiramente distintas das da relatora, embora conduzissem à mesma conclusão. Na sua opinião, o caso envolveria uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade,

[268] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 148, 152 e 237; com os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, às fls. 176; Gilmar Mendes, às fls. 234; e Celso de Mello e Cármen Lúcia, às fls. 260. Interações não-argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 141, por duas ocasiões.

notadamente o direito de privacidade, o direito de imagem e o direito à honra. Nessas situações, considerou que a técnica predominantemente adotada para a solução da tensão ou conflito seria a da ponderação.

Para Barroso, a previsão dos arts. 20 e 21 do Código Civil produziam uma ilegítima hierarquização entre os direitos à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, em favor do direito da personalidade e em desfavor da liberdade de expressão, quando, sob sua ótica, a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deveria ser tratada como uma liberdade preferencial (P_1). Essa premissa, segundo o Ministro, justifica-se sob três razões. Seria a liberdade de expressão uma liberdade preferencial porque no Brasil, a história acidentada e o histórico da liberdade de expressão sofrido a colocaria nesta condição: a de ser afirmada e reafirmada, eventualmente, com certo exagero (R_1). Depois, porque, sem liberdade de expressão, não existiria plenitude dos outros direitos (R_2). E, por fim, o caráter preferencial da liberdade de expressão mostrar-se-ia essencial para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional (R_3).

De igual maneira, as consequências daquela premissa seriam três: estabelecer um maior ônus argumentativo a quem pretendesse paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto (C_1); a submissão de quaisquer manifestações de cerceamento da liberdade de expressão – legal, administrativa, judicial ou privada – a uma forte suspeição e a um escrutínio rigoroso (C_2); e a imposição da regra da proibição da censura (C_3). Assim, naquela hipótese específica, o dispositivo seria inconstitucional na medida em que estabelecia uma regra abstrata e permanente de primazia dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão na divulgação de biografias, violando o sistema constitucional de proteção e preferência das liberdades de expressão e informação, configurando censura privada (A_1).

Com seu voto, o Ministro Roberto Barroso trouxe uma sugestão de ementa, na qual expunha, sinteticamente, sua razão final, além da premissa e do argumento que seriam capazes de justificá-la.[269] Apesar de possuírem a mesma conclusão, o Ministro Barroso e a

[269] Roberto Barroso apresentou ementa com o conteúdo seguinte: "DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL. BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1. A interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que confere àqueles que são retratados em biografias (ou a seus familiares, no caso de pessoas falecidas) a prerrogativa de autorizarem a publicação dessas obras e, na ausência de autorização, de obterem judicialmente a proibição da sua divulgação, é incompatível com a Constituição. 2. Tal leitura estabelece uma regra abstrata e permanente de primazia dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão na divulgação de biografias, que viola o sistema constitucional de proteção e privilégio das liberdades de expressão e informação, configurando eminente censura privada. 3. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos impugnados, para, mediante interpretação conforme a Constituição, afastar do ordenamento jurídico a

Ministra Cármen Lúcia apresentaram razões um tanto diferentes. A ementa que recebeu o julgado, elaborada por esta última, não acolheu, por exemplo, a tese da *liberdade de expressão como liberdade preferencial* de Roberto Barroso, embora ambos os votos tenham julgado a ação de forma idêntica. Preliminarmente, parece aqui haver evidências de um problema da fase pós-decisional do Supremo Tribunal Federal: o que de fato determina a redação final da ementa, a conclusão de quem elabora ou o apanhado tecnicamente preciso e cuidadoso das fases anteriores?

Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber proferiu voto julgando procedente o pedido formulado pela ANEL. Em seu teor, foram apuradas duas interações argumentativas e duas não-argumentativas. Assim, o voto foi classificado em grau deliberativo *médio* na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, dada a equivalência das interações (*ia* = *ina*).[270] Rosa Weber entendeu que a sujeição da publicação de obra de caráter biográfico à prévia autorização ou licença da pessoa biografada e de outras pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, no caso de pessoas falecidas) aniquilava a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeadas em seu núcleo essencial (A_1). Além disso, a Constituição vedaria não somente ao Poder Público, mas também ao particular, a interferência nas liberdades de manifestação e de expressão mediante o emprego de artifícios institucionais, como a licença e a censura prévias, que pudessem atuar no sentido de delinear o seu conteúdo (A_2).

Um terceiro argumento lançado pela Ministra Rosa foi o de que o direito à privacidade não se prestaria à proibição da publicação de qualquer assunto que seja de interesse geral ou público, simplesmente porque as matérias de interesse público estariam situadas fora do seu escopo, devendo haver a limitação dos campos protetivos próprios (A_3). E, nada obstante, registrou que não possuía dúvida de que a restrição à crítica tenderia a propiciar um ambiente percebido como mais confortável pelos investidos de autoridade na seara pública, mas o regime democrático poderia tolerar a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de

---

necessidade de consentimento dos biografados, demais pessoas retratadas ou de seus familiares para a publicação e veiculação de obras biográficas" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. pp. 353-354).

[270] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 178, e com o Ministro Roberto Barroso, também às fls. 178. Interações não-argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 177, e com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 178.

imprensa que se propusessem a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos (A_4).

Rosa Weber disse, também, que na sua opinião o ocupante de cargo público, investido de autoridade, no desempenho das suas funções, sujeito ao escrutínio da imprensa e do público em geral, possuiria mais largos os limites da crítica pública aceitável. Assim, o critério da proporcionalidade desautorizaria a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tivessem como efeito inibir a manifestação de juízos críticos a ocupante de função de interesse público no exercício das suas funções (A_5). Do voto da Ministra Rosa se colheu, ademais, que a interpretação até então dada aos artigo do Código Civil, direta ou indiretamente, estava a contribuir para, no longo prazo, manter o país culturalmente pobre, a sociedade moralmente imatura e a nação economicamente subdesenvolvida, significando, a um só tempo, óbice ao pleno exercício dos direitos culturais (art. 215, *caput*, da CF) e à promoção e incentivo da educação com base na liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (arts. 205 e 206, II, da CF).

Voto do Ministro Luiz Fux

Quarto a votar, o Ministro Fux não divergiu de Rosa Weber, Roberto Barroso e da relatora, Ministra Cármen Lúcia. Proferiu voto com grau deliberativo *forte*, já que notadas oito interações argumentativas e sete não-argumentativas (*ia* > *ina*).[271] Segundo Fux, a licença prévia do biografado representava uma verdadeira censura obstativa do exercício da liberdade de informação (A_1). Também argumentou que a decisão que estava sendo proferida não seria a outorga de um *bill* para se encartar, em qualquer biografia, tudo quanto fosse pretendido – e que quando houvesse algum desvio ou abuso do direito, a própria lei se incumbiria de reprimir (A_2). Além do mais, sendo a notoriedade produto da vontade pública, teria a sociedade o direito de saber quem é essa pessoa que ela levou ao enaltecimento e à notoriedade (A_3).[272]

[271] Interações argumentativas: com o argumento que inter-relaciona os direitos da personalidade com a notoriedade pública do seu titular, às fls. 201; com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 202, por três ocasiões, e 203; com o Ministro Gilmar Mendes, às fls. 234; com os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, às fls. 236; e com este último, apenas, às fls. 237. Interações não-argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 199 e 204; com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 199 e 203, por duas ocasiões; Gilmar Mendes, às fls. 234; e Cármen Lúcia e Barroso, às fls. 201.

[272] Identificar a opinião dos próprios membros da Corte sobre suas tarefas deliberativas em cada fase do processo decisório é um exercício importante. Permite não apenas mapear e avaliar percepções, mas, também, a partir dessa interpretação, formular medidas de otimização dos postulados normativos e de correção. No voto de Fux, é

Voto do Ministro Dias Toffoli

O grau deliberativo do voto do Ministro Dias Toffoli, depois de submetido à Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, foi considerado *médio*. Isso porque houve a constatação de equivalência interativa: foram contabilizadas duas interações argumentativas e duas não-argumentativas (*ia = ina*).[273] Para Toffoli, a exigência de obtenção de autorização do biografado impediria que a sociedade tivesse conhecimento, primeiro, de uma obra artística intelectual de envergadura (A_1); e, segundo, da realidade dessas personalidades em seu dia-a-dia e da construção das suas personalidades – como suas personalidades se construíram, se formaram e se estabeleceram (A_2). Por outro lado, nada impediria que, para evitar um questionamento jurídico posterior, o autor de uma obra literária, uma obra teatral, uma obra intelectual a respeito de dada pessoa, obtivesse essas autorizações como uma precaução. Mas previamente obrigá-lo a obtê-la, segundo o Ministro, poderia até levar a uma obstrução do estudo da história (A_3).

Assim, o Ministro Dias Toffoli afirmou que entendia incompatível com a Constituição a interpretação a partir da qual se concluía pela necessidade, de forma geral e abstrata, de autorização do biografado para a publicação de biografias, por atribuir absoluta precedência aos direitos à vida privada, à imagem e à honra, em detrimento da liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e do direito à informação (A_4). Reconheceu, ainda, que o valor histórico e cultural da narrativa biográfica exerceria papel fundamental na construção da memória da sociedade, razão por que dela não poderíamos prescindir (A_5).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

---

possível ler como ele enxerga as fases decisional e pós-decisional nos chamados *casos difíceis* através de uma forma aparentemente antideliberativa: o momento decisional seria um momento de leitura de opiniões; o pós-decisional, a mera aglutinação individual dos votos. Veja-se: "Por outro lado, entendo que o legislador processual é sábio na medida em que estabelece que os acórdãos são lavrados no final do julgamento, porque nos permite ouvir as opiniões convergentes, algumas fundamentações diversas e chegarmos a uma conclusão. *Evidentemente que, num* hard case *como este, todos nós temos voto escrito, poderíamos aqui fazer a leitura. Vamos juntar os votos*, mas vamos seguir o exemplo de Sua Excelência, agora também acrescido de diversos fundamentos trazidos pelo Ministro e Professor Luís Roberto Barroso, que tem um pendor bastante expressivo nessa área. E é dele exatamente que gostaria de me prevalecer sob dois ângulos técnicos" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. p. 199, sem destaques no original).

[273] Interações argumentativas: com Cármen Lúcia e Roberto Barroso, às fls. 213-214, e pela participação no debate havido às fls. 235. Interações não-argumentativas: com Cármen Lúcia, por duas ocasiões: às fls. 211 e 236.

Na ADI 4.815, Gilmar Mendes votou pela procedência do pedido formulado na ação para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto. Entretanto, fez ressalva em relação à fundamentação da relatora que a fez modificar o teor da decisão final escrita. Em sua manifestação, identificou-se cinco interações argumentativas e quatro não-argumentativas. Portanto, considerando a predominância daquelas em detrimento destas (*ia* > *ina*), pela sistemática da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, o grau deliberativo do voto de Mendes foi considerado *forte*.[274] O Ministro entendeu que, no caso, o principal tema em questão seria a ponderação entre a liberdade de expressão, um dos pilares essenciais do Estado Democrático, e os direitos de personalidade.

Partindo dessa premissa, registrou que a publicação das obras de biografia condicionada à autorização traria sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica e à liberdade artística. Por isso, encaminhou no sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma (A_1). Por outro lado, argumentou Mendes, na ocorrência de eventuais transgressões, a Constituição Federal asseguraria mecanismos para possíveis reparações, inclusive direito de resposta (A_2). Nesse sentido é que foi a ressalva ao voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia: a respeito de que a transgressão se repararia mediante indenização, Mendes asseverou a possibilidade de haver reparos, por exemplo, através da publicação de uma nova edição com correção, com o que outros Ministros – e inclusive a própria relatora – não concordaram. A solução encontrada foi a de suprimir do acórdão a alínea que, mesmo não tratando disso expressamente, poderia dar margem a outras interpretações. A questão foi deixada em aberto para casos futuros.[275]

---

[274] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 231, 233, 237 e 239, e com o Ministro Dias Toffoli, às fls. 233. Interações não-argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 231 e 237; com o Ministro Luiz Fux, às fls. 231; e com o Ministro Dias Toffoli, às fls. 232.

[275] "*A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Ministro, se Vossa Excelência me permite, o que eu quis dizer é que, ao fixarmos essa inconstitucionalidade com redução de texto, nós não estávamos afastando em nada o artigo, tanto que, basicamente, eu repito 'apenas reafirmar...', por isso eu comecei a alínea 'b' nesse sentido, 'reafirmar o que diz a Constituição, sem embargo de...', porque é como está na Constituição. Quer dizer, então, não é exclusividade nem nada, apenas estou reafirmando para não se dizer, como disse o Ministro Dias Toffoli muito bem: alguém poderia pensar que estamos declarando a inconstitucionalidade e, com isso... *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA* – O que poderia é ser expletivo esse inciso *b*. Eu só não quero é que alguém imagine que, como nós estamos declarando sem redução do texto a interpretação dos dispositivos do Código Civil, o inciso X do art. 5 da Constituição de alguma forma ficou comprometido por nós. Não, nós estamos repetindo que está mantida a norma constitucional de responsabilidade em sua inteireza. *O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO* – Ministro Gilmar, só um minutinho. A minha proposta de tese minimalista, que eu acho que até agora é consenso, é: não é compatível com a Constituição interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil que importe na necessidade de autorização prévia de pessoa retratada em obra biográfica para fins de sua divulgação por qualquer meio de comunicação. Eu acho que esse ponto nos une a todos. Acho que esse é um ponto consensual. *O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* - Eu concordava já com o primeiro ponto da eminente ministra Cármen Lúcia. Só estou fazendo a ressalva em relação ao item... *O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:* É que parece que a única maneira de reparar seria a precificação. *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* – Exatamente. *A SENHORA MINISTRA*

Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio apresentou um voto com grau deliberativo *forte* (*ia* > *ina*). Na sua fala, além de uma postura favorável à deliberação, foram percebidas cinco interações argumentativas e duas não-argumentativas.[276-277] Marco Aurélio entendeu que o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, submeter-se-ia apenas ao atendimento das qualificações profissionais que a lei estabeleça (A_1). Além disso, lembrou a possibilidade de que, havendo transgressão à privacidade, caberia o pedido legítimo de reparação indenizatória (A_2). Seu terceiro argumento para acolhida do pedido da inicial foi baseado no sopesamento: para o Ministro, havendo conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, sopesando-se valores, estaria em dar-se primazia, em dar-se predominância, ao interesse coletivo, e este seria o dos cidadãos em geral (A_3).

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – É muito simples. Sabe o que pode ser feito? *O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:* Então, para tudo tem um preço, e podemos, então, fazer o que bem entendermos, basta ter o dinheiro para pagar esse preço? *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Era muito mais simples retirar o inciso *b*. E ficar o inciso *a* da minha conclusão, quer dizer, que nem é inciso *a*. *O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* – É. Porque, aí, acho que coincide com a posição do Ministro... *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um aparte? E também a Ministra Cármen Lúcia? Eu também, ao ler a conclusão do seu brilhante voto, num primeiro momento, fui induzido a pensar que Vossa Excelência estaria concluindo que a transgressão aos valores abrigados no art. 5º, X, da Constituição, só seriam ressarcíveis ou sanáveis mediante indenização, mas depois que eu vi o Doutor Antônio Carlos dizer da Tribuna que, em tese, seria possível até a apreensão ou a sustação da divulgação da obra... *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Com a qual eu não concordo... *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* – ... imaginei que Vossa Excelência certamente não excluiria essa possibilidade, até em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição. *O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX* – O minimalismo é importante por isso, porque... Nós não estamos decidindo isso. *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Para evitar qualquer polêmica, eu prefiro concluir o meu voto retirando a alínea *b*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. p. 233 e seguintes).

[276] "*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Confesso, Presidente, que não trouxe voto escrito, porque adoto sempre a prática, atuando como vogal, de comparecer às Sessões, ouvir o Relator ou a Relatora, ouvir as sustentações da tribuna e, somente então, formar convencimento a respeito. Digo que esta tarde importantíssima em termos de cidadania. É uma tarde de inteligência. É muito sintomático que, pela vez primeira, a Academia Brasileira de Letras tenha comparecido a uma audiência pública no Tribunal, personificada pelo historiador José Murilo de Carvalho, a quem rendo homenagem. [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. p. 254).

[277] Interações argumentativas: com os Ministros Roberto Barroso, às fls. 256 e 257; Cármen Lúcia, às fls. 258; Lewandowski, Barroso e Cármen Lúcia, às fls. 176; e com o argumento da proteção menos abrangente da privacidade de pessoas públicas. Interações não-argumentativas: com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 254, por duas ocasiões.

Lewandowski foi o último a manifestar com declaração de voto. Pela procedência do pedido, interagiu argumentativamente por seis ocasiões. Em dois outros momentos as interações foram não-argumentativas.[278] Assim, o voto foi classificado em grau deliberativo *forte* na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, dada a predominância das interações argumentativas sobre as não-argumentativas (*ia* > *ina*). Lewandowski considerou que seria impossível que se censurasse ou que se exigisse autorização prévia de biografias, em claro prejuízo à mais plena liberdade de expressão artística, científica e literária, desde que não se ofendam outros direitos constitucionais dos biografados, notadamente aqueles capitulados no art. 5.º, inciso X, da nossa Carta Magna (A_1). Concluiu, então, haver plena liberdade de publicação de biografias no Brasil, sem autorização do biografado ou de seus parentes.

Voto dos Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki

O Ministro Celso de Mello manifestou-se em ata, sem declaração de voto. Como a Escala de Deliberatividade considera interações, sua participação não foi contabilizada e classificada. Mesma consequência ocorreu para o Ministro Teori Zavascki, ausente na data do julgamento.

III.2.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

No M_1, foram apuradas 33 interações argumentativas e 21 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua categoria

Ministro / Evento	Cármen Lúcia	Roberto Barroso	Rosa Weber	Luiz Fux	Dias Toffoli	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Ricardo Lewandowski	Celso de Mello	Teori Zavascki
Interação argumentativa	Relator	6	2	8	2	5	5	6	Ata	Ausente
Interação não-argumentativa	Relator	2	2	7	2	4	2	2	Ata	Ausente

M_2

[278] Interações argumentativas: com os Ministros Celso de Mello, às fls. 263; Cármen Lúcia, às fls. 264; Roberto Barroso e Cármen Lúcia, às fls. 176; Marco Aurélio, às fls. 236; Gilmar Mendes, às fls. 239; e Celso de Mello, Cármen Lúcia e Roberto Barroso, às fls. 260. Interações não-argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 262, e Luiz Fux e Roberto Barroso, às fls. 262.

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Cármen Lúcia	Roberto Barroso	Rosa Weber	Luiz Fux	Dias Toffoli	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Ricardo Lewan-dowski	Celso de Mello	Teori Zavascki
-	Forte	Médio	Forte	Médio	Forte	Forte	Forte	-	-

M_3

No M_3, a partir do critério da predominância do grau dos votos, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADI 4.983 foi considerado *forte*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério predominância
5	1	1	Forte	Forte

III.3 Corte Joaquim Barbosa (2012-2014) – ADI 4.543

III.3.1 Ficha catalográfica

Tema: Reinstituição do voto impresso ao sistema político eleitoral brasileiro	
Direito ou garantia fundamental envolvido: Sigilo e inviolabilidade do voto (CRFB, arts. 14 e 60, §4.º, II)	
Tipo de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)	**Procedência**: Distrito Federal (DF)
Relatora: Cármen Lúcia	**Data de julgamento**: 06-11-2013
Autor: Procurador-Geral da República	**Resultado**: Procedente
Intimado: Presidente da República	**Placar**: 10-0
Intimado: Congresso Nacional	**Impedimento ou suspeição**: Não

III.3.2 Breve relatório do caso

O art. 5.º da Lei 12.034/09 previu a reintrodução do voto impresso conferido pelo eleitor, que vigoraria a partir das eleições de 2014.[279] O chamado módulo impressor externo funcionaria basicamente da seguinte maneira: a máquina de votar exibiria ao eleitor, primeiro, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual e confirmação final do voto. Com a confirmação final, a urna eletrônica imprimiria um número único de identificação do voto associado à assinatura digital do eleitor. Automaticamente, o voto seria depositado, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

O Procurador-Geral da República pediu que fosse reconhecida e declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, inclusive com suspensão cautelar da eficácia da norma. Entendeu violação ao art. 14 da Constituição, isto é, ao segredo do voto, direito irrenunciável do eleitor.[280] Seu principal argumento: que a impressão do voto permitiria a identificação dos eleitores, por meio da associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica. Também afirmou que o art. 5.º, § 5º, da Lei n. 12.034/2009 afrontaria a expressão *com valor igual para todos* constante do *caput* do art. 14 da Constituição: ao proibir a conexão entre o instrumento identificador e a respectiva urna, permitir-se-ia que ela ficasse constantemente aberta; e como não seria possível ingressar na cabine de votação junto com o eleitor e o presidente da seção eleitoral não interferiria na liberação da urna, surgiria a possibilidade da mesma pessoa votar duas ou mais vezes.

A relatora, Ministra Cármen Lúcia, adotou para o caso o rito abreviado previsto na Lei n.º 9.868/99. Intimada, a Presidência da República afirmou que a ação não poderia ser conhecida porque a inicial não apontava nenhum fato concreto que ensejasse o seu cabimento – trazia apenas uma preocupação de que o segredo e a igualdade do sufrágio pudessem ser quebrados, supondo-se que as regras de segurança do sistema de votação seriam desprezadas.

---

[279] Lei 12.034/09, art. 5.º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras: § 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto. § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital. § 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. § 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna. § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

[280] CRFB, art. 14, *caput*. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...].

No mérito, disse que o artigo 5.º impugnado não atentava contra o voto secreto e, por conseguinte, contra a garantia essencial da independência do eleitor, mas, ao revés, permitiria a auditoria do resultado eleitoral de forma independente do *software*, resguardando eventuais fraudes ao sistema eleitoral.

Em sua manifestação, a Câmara dos Deputados informou que o Congresso observara todos os trâmites constitucionais e regimentais aplicáveis. Afirmou que a inicial era inepta porque baseada em premissa inexistente e, quanto à possibilidade de a urna ficar aberta constantemente, viabilizando o registro de mais de um voto por eleitor, disse que o aparelho continuaria sob o controle do chefe da mesa, cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dispor sobre a técnica a ser empregada para abrir e fechar a votação individual – por exemplo, um comando à distância para abertura e o próprio encerramento do voto para fechamento. Como *amicus curiae*, foi admitido o Partido Democrático Trabalhista – PDT. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido. O Plenário, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, e o julgamento do mérito se deu nos termos seguintes.

III.3.3 Análise dos votos

Voto da Ministra Cármen Lúcia (R)

O caso foi relatado pela Ministra Cármen Lúcia. Com dezenove páginas, seu voto foi o mais extenso da sessão. À exceção da relatora, nenhum membro do colegiado proferiu voto longo, com fundamentação demorada, ou realizou grandes incursões argumentativas. A declaração de voto dos demais Ministros limitou-se, na maioria dos casos, a referências elogiosas ao voto de Cármen Lúcia e ao destaque, em concordância, de algum argumento isolado. Ao acolher o pedido do Procurador-Geral da República, a relatora deu a conhecer cinco razões principais.

Para a Ministra Cármen Lúcia, o sistema de voto impresso permitiria que a urna ficasse constantemente aberta. Havendo a possibilidade da mesma pessoa votar por duas ou mais vezes, violar-se-ia a garantia da igualdade de valor do voto, prevista no art. 14 da Constituição (A_1). Além disso, a impressão criaria um discrímen em relação às pessoas portadoras de necessidades especiais (visuais) e aos analfabetos, porque esses não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, violando-se o direito ao sigilo (A_2). O sigilo do voto também seria violado pela possibilidade de identificação da assinatura do eleitor (A_3). Em contrapartida, a atual urna eletrônica, que

transmite às centrais os resultados sem a identificação do eleitor e com alteração sequencial dos eleitores de cada sessão, não teria perdido a aptidão de garantia do segredo do voto (A_4). Daí incidir, também, a proibição do retrocesso (A_5) – os índices orçamentários, logísticos e operacionais para introduzir impressoras para 140 milhões de votos, distribuídos em mais de 400 mil seções eleitorais, inclusive no exterior, ensejaria o aumento de fraudes e do tempo de votação e de apuração das eleições, lesando os princípios da economicidade a ser considerado nos gastos públicos (CRFB, art. 70) e da eficiência no cuidado da coisa pública em busca de idêntico e melhor resultado (CRFB, art. 37).

Voto do Ministro Roberto Barroso

O Ministro Barroso entendeu pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada. Seu voto apresentou uma interação argumentativa e nenhuma interação não-argumentativa.[281] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*) exigiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *forte*. Assim como a relatora, Roberto Barroso viu demonstrado risco efetivo à confiabilidade do sistema eleitoral. Para ele, o dispositivo questionado criava um novo foco de vulnerabilidades, reabrindo-se a possibilidade de manipulação indevida das cédulas escritas (A_1). Por isso, haveria de ser declarado inconstitucional.

Voto do Ministro Teori Zavascki

Teori Zavascki julgou procedente o pedido formulado na ADI 4.543 e declarou a inconstitucionalidade do art 5.º da chamada minirreforma eleitoral. Seu voto, classificado como deliberativamente *forte*, apresentou uma interação argumentativa e nenhuma interação não-argumentativa (*ia* > *ina*).[282] Zavascki concordou com Cármen Lúcia no pressuposto de que o sistema preconizado pela norma questionada seria vulnerável à identificação do voto individual (A_1).

Voto da Ministra Rosa Weber

[281] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 27.
[282] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 29.

Rosa Weber secundou integralmente as razões de Cármen Lúcia para manifestar-se pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Foi contabilizada uma interação não-argumentativa contra nenhuma argumentativa.[283] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a predominância de interações não-argumentativas (*ina* > *ia*) permitiu classificar o voto da Ministra Rosa Weber como deliberativamente *fraco*.

Voto do Ministro Luiz Fux

Fux seguiu a unânime linha de raciocínio que se formara. Julgou procedente o pedido da Procuradoria-Geral da República por meio de um voto que conteve uma interação argumentativa contra três interações não-argumentativas.[284] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a predominância de interações não-argumentativas (*ina* > *ia*) exige que o voto seja classificado como deliberativamente *fraco*, assim tendo ocorrido. As razões do Ministro Fux foram, em essência, duas: que o artigo 14, primeira parte, da CRFB, impunha uma barreira à liberdade legiferante quanto aos caracteres do voto, e até então tal óbice estava sendo violado (A_1); e que a sedimentação do sistema eleitoral atual na consciência social e no sentimento jurídico coletivo impediria retrocessos como a reintrodução do voto impresso (A_2).

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski apresentou duas interações argumentativas e nenhuma interação não-argumentativa (*ia* > *ina*).[285] Segundo a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, foi considerado deliberativamente *forte*. A principal razão de Lewandowski para declarar inconstitucional o sistema proposto na lei objetada foi sua vulnerabilidade, na medida em que possibilitava a identificação do voto colocado pelo eleitor na urna eletrônica, que, por mandamento constitucional, deveria ser secreto (A_1).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

---

[283] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 30.
[284] Interações argumentativas: com o Ministro Roberto Barroso, às fls. 32. Interações não-argumentativas: com os Ministros Roberto Barroso, às fls. 31, Gilmar Mendes, às fls. 34, e Carmen Lúcia, também às fls. 34.
[285] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 35, e o Ministro Marco Aurélio, igualmente às fls. 35.

Gilmar Mendes acompanhou, com ressalvas, o entendimento da relatora. Em seu voto foram contabilizadas cinco interações argumentativas e duas não-argumentativas.[286] Dessa maneira, de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a predominância de interações argumentativas sobre não-argumentativas (*ia* > *ina*) permitiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *forte*. O argumento principal notado no voto de Gilmar foi o de que o pretenso modelo comprometia o sigilo das votações (A_1). Contudo, o Ministro não chancelou integralmente as razões de Cármen Lúcia. A reserva guardada o fora diante da aplicação eventual do chamado princípio do não retrocesso (A_2) – para Mendes, o legislador não estaria impedido de adotar outros meios e até meios diversos daqueles apontados nos controles eletrônicos.

Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Joaquim Barbosa julgou integralmente o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República sob o argumento de que o modelo eleitoral impresso constituiria um retrocesso incalculável, por colocar em risco o sistema de voto da urna eletrônica que adotamos (A_1). O último a se manifestar com declaração de voto, foi constatada uma interação argumentativa e uma interação não-argumentativa na fala do Ministro.[287] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, dada a equivalência entre as classes, considerou-se o grau deliberativo do voto de Joaquim Barbosa como sendo *médio* (*ia* = *ina*).

Voto dos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Celso de Mello

Marco Aurélio, Toffoli e o decano, Celso de Mello, não tiveram os votos computados na Escala de Deliberatividade nesta assentada. O primeiro, por motivo de ausência; e os segundo e terceiro por terem votado em ata, isto é, manifestado seu posicionamento sem declaração de qualquer ordem.

III.3.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

[286] Interações argumentativas: com a Ministra Cármen Lúcia, por três ocasiões às fls. 37 e duas às fls. 38. Interações não-argumentativas: com Cármen Lúcia, às fls. 37, e Ricardo Lewandowski, também às fls. 37.
[287] Interação argumentativa: com Celso de Mello, às fls. 40. Interação não-argumentativa: com a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 40.

No M_1, foram apuradas 11 interações argumentativas e 7 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua categoria

Ministro / Evento	Cármen Lúcia	Roberto Barroso	Teori Zavascki	Rosa Weber	Luiz Fux	Ricardo Lewan-dowski	Gilmar Mendes	Joaquim Barbosa	Marco Aurélio	Dias Toffoli	Celso de Mello
Interação argumentativa	Relatora	1	1	0	1	2	5	1	Ausente	Ata	Ata
Interação não-argumentativa	Relatora	0	0	1	3	0	2	1	Ausente	Ata	Ata

M_2

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Cármen Lúcia	Roberto Barroso	Teori Zavascki	Rosa Weber	Luiz Fux	Ricardo Lewan-dowski	Gilmar Mendes	Joaquim Barbosa	Marco Aurélio	Dias Toffoli	Celso de Mello
-	Forte	Forte	Fraco	Fraco	Forte	Forte	Médio	-	-	-

M_3

No M_3, a partir do critério da predominância do grau dos votos, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADI 4.543 foi considerado *forte*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério predominância
4	1	2	Forte	Forte

III.4 Corte Carlos Ayres Britto (2012) – ADPF 186

III.4.1 Ficha catalográfica

Tema: Política afirmativa de cotas raciais para ingresso em instituição pública de ensino superior

Direito ou garantia fundamental envolvido: Tratamento isonômico, observância ao princípio da legalidade, liberdade de informação, coibição e punição a práticas discriminatórias e devido processo legal (CRFB, art. 5.º, I, II, XXXIII, XLI e LIV, respectivamente)	
Tipo de ação: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	**Procedência**: Distrito Federal (DF)
Relator: Ricardo Lewandowski	**Data de julgamento**: 25-04-2012 e 26-04-2012
Arguente: Democratas (DEM)	**Resultado**: Improcedente
Arguido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE)	**Placar**: 10-0
Arguido: Reitor da Universidade de Brasília (UnB)	**Impedimento ou suspeição**: Sim
Arguido: Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UnB)	**Quem e o quê**: Dias Toffoli, impedido

III.4.2 Breve relatório do caso

Processualmente, a Corte enfrentou três questões sobre a admissibilidade da ação: se preenchia o requisito da subsidiariedade para sua propositura; se estava evidenciada a pluridade de decisões divergentes sobre o tema; e se os atos normativos da UnB possuíam natureza secundária, para fins de afastamento da hipótese de cabimento de ADI. No mérito, o arguente sustentava a inconstitucionalidade da política afirmativa de cotas instituída. O principal argumento identificado foi o de que, no Brasil, a discriminação seria uma questão social, não racial. Assim, o sistema de reserva de vagas, inadequadamente, institucionalizaria o racismo no país, convalidando uma desnecessária política afirmativa de cotas racialistas.

Participaram como *amici curiae* a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO), a Fundação Cultural Palmares, o Movimento Negro Unificado (MNU), o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), a Defensoria Pública da União, o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, o Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (IDEP), a Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos.

III.4.3 Análise dos votos

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski (R)

O relatório elaborado pelo Ministro Lewandowski foi estruturado em oito seções: (i) resumo dos argumentos e pedidos da inicial; (ii) informações dos arguidos; (iii) parecer da Procuradoria-Geral da República; (iv) manifestação da Advocacia-Geral da União; (v) apreciação da liminar pela Presidência; (vi) pedidos de ingresso como *amicus curiae*; (vii) pronunciamentos veiculados na audiência pública; e (viii) alegações dos arguidos sobre o mérito. O relatório possui trinta e seis páginas e foi determinada a distribuição de cópias aos demais Ministros. Foram identificados dez argumentos principais utilizados pelo relator para justificar o porquê da improcedência dos pedidos formulados pelo arguente.

O primeiro argumento foi o de que a concretização da igualdade material (art. 5.º, *caput*) permitiria ao Estado lançar mão tanto de políticas universalistas como de políticas afirmativas que instituíssem vantagens temporárias visando a superação de desigualdade (A_1). Depois, que o modelo constitucional brasileiro adotava o princípio da justiça distributiva/compensatória, cujos mecanismos permitiriam corrigir distorções resultantes de uma aplicação formal do princípio da igualdade (A_2), e que a Corte possuía precedentes no sentido da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa (A_3). Foi dito, ainda, que a meritocracia não seria o único parâmetro para ingresso no ensino superior, devendo o critério de acesso às universidades públicas levar em conta objetivos gerais do Estado Democrático de Direito e postulados que norteiam o ensino público (A_4).

Lewandowski justificou seu voto também sob a afirmação de que o conceito biológico de raça não se aplicaria ao enfrentamento de discriminação social; portanto, naquele caso, o conceito a ser observado seria um histórico-cultural, permissivo da discriminação positiva (A_5). Além disso, entendeu que os programas de ação afirmativa seriam uma forma de compensar uma discriminação culturalmente arraigada, pois permitiria que os beneficiários se tornassem paradigma de integração e ascensão social, provocando mudanças na compreensão do conceito de justiça social (A_6). Os sétimo e oitavo argumentos foram no sentido de que a política da UnB promovia o papel integrador da Universidade (A_7) e seus mecanismos de identificação [auto e heteroidentificação] estariam em conformidade com a ordem constitucional (A_8). Por fim, o relator asseverou que o texto constitucional (art. 37, VIII) amparava a política de reserva de vagas/cotas (A_9) e que, dado o caráter transitório da política, havia proporcionalidade aos fins colimados (A_{10}).[288]

[288] CRFB, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Voto do Ministro Luiz Fux

O primeiro a votar depois do Ministro Ricardo Lewandowski, relator, foi o Ministro Luiz Fux, que solicitou a antecipação de seu voto em razão de possuir compromisso inadiável.[289] Com dezoito páginas, o voto de Fux apresentou uma interação argumentativa e oito interações não-argumentativas.[290] A predominância de interações não-argumentativas (*ina* > *ia*), de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), ensejou a classificação do voto como sendo deliberativamente *fraco*. Foram identificados dez argumentos justificadores da constitucionalidade da política afirmativa de cotas em sua manifestação, elencados em ordem no próximo parágrafo.

Fux sustentou que, no Brasil, a pobreza teria cor; logo, políticas universalistas não seriam suficientes (A_1); que políticas de ação afirmativa não possuiriam conceito único (A_2); que as políticas de ação afirmativa concretizariam a igualdade material (A_3); que as objeções seriam individualistas e, assim, não observavam o art. 3.º, I, CF, que torna-nos todos responsáveis pelas reparações de dívidas históricas (A_4); que o mérito figuraria ao lado das condições socioeconômica (A_5); que a diversidade do corpo discente seria algo desejável (A_6); que a autonomia universitária fundamentava o sistema de cotas e não usurpava competência legislativa, pois prescindiria de lei formal específica (A_7); que eram viáveis os critérios empregados para identificação dos beneficiários (A_8); que "raça" não seria um conceito biológico, mas histórico, político, social e cultural (A_9); e, então, que não havia um "tribunal racial" na UnB, mas o esforço para cumprimento efetivo do programa (A_{10}).

Voto da Ministra Rosa Weber

Após o Ministro Luiz Fux, votou a Ministra Rosa Weber. Com dez páginas, o voto de Rosa Weber apresentou uma interação argumentativa e quatro interações não-argumentativas.[291] De acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), a

---

[289] "Senhor Presidente, em razão de um compromisso inadiável ainda no dia de hoje, ontem nós combinamos, dentro dessa nossa solidariedade do Plenário, e a Ministra Rosa Weber teve a gentileza de me ceder a oportunidade de votar antes de Sua Excelência. Eu então agradeço a ela e peço a Vossa Excelência que conceda essa permissão para que eu assim o faça" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, Pleno, Brasília, DF, 26 de abril de 2012. p. 93).

[290] Interação argumentativa: com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 104. Interações não-argumentativas: com o Ministro Ayres Britto, às fls. 94, 95, 98 e 100, e com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 96, 97, 101 e 102.

[291] Interação argumentativa: com o Ministro Luiz Fux, às fls. 126. Interações não-argumentativas: com o Ministro Ayres Britto, Presidente, às fls. 123, 126, 127 e 130.

predominância de interações não-argumentativas (*ina* > *ia*) ensejou a classificação do voto como sendo deliberativamente *fraco*. Rosa Weber entendeu pela improcedência dos pedidos formulados na ação e, assim como Fux, não partiu do voto do relator para desenvolver seus argumentos. O voto da Ministra Rosa interagiu muito mais com o teor do relatório do que, efetivamente, com o mérito do voto do Ministro relator. Isso indica que a adoção de uma prática simples como a distribuição prévia, pelo relator, do inteiro teor de seu voto poderia contribuir para a melhoria do desempenho deliberativo da Corte – estabeleceria uma espécie de *ancoragem argumentativa* a partir da qual todos os outros votos partiriam, quer para concordar, quer para discordar.

Embora sob alguns aspectos convirjam em fundamento, as razões da Ministra não interagem com as do relator. Foram identificados nove argumentos justificadores da constitucionalidade da política afirmativa de cotas, que vão assim elencados: as políticas impugnadas concretizariam a igualdade material (A_1); fomentariam a representatividade social no âmbito universitário (A_2); cumpriam com o requisito da temporariedade (A_3); não feriam a proporcionalidade (A_4); não violavam o subprincípio da necessidade (A_5); o mérito não seria critério puro para ingresso nas universidades (A_6); as universidades dotam-se de autonomia didático-científica e, por isso, a UnB possuía poder para decidir o modelo didático-pedagógico mais eficiente para a realização de suas finalidades (A_7); as cotas não violavam o critério do mérito (A_8); e que o critério de identificação seria adequado (A_9).

Voto da Ministra Cármen Lúcia

A manifestação da Ministra Cármen Lúcia consistiu tanto na antecipação oral, transcrita em seis páginas, como no voto escrito previamente, contendo dezessete. Por terem sido contabilizadas três interações argumentativas e três não-argumentativas (*ia* = *ina*), de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), a manifestação foi classificada como possuindo grau deliberativo *médio*.[292] Carmén Lúcia votou pela improcedência dos pedidos formulados na ação e foram identificados seis argumentos aptos a embasar sua conclusão.

O primeiro deles referiu que igualdade seria diferente de igualação e, por isso, as políticas compensatórias se justificavam (A_1). O segundo ressaltou a própria liberdade de ser,

[292] Interações argumentativas: com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 132, penúltimo parágrafo, e 135; e com a Ministra Rosa Weber, às fls. 132, penúltimo parágrafo. Interações não-argumentativas: Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 131 e 132; e com os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, às fls. 136.

isto é, o respeito à identidade naquilo que distingue não quanto à humanidade, mas quanto à peculiaridade de cada um (A_2). O terceiro argumento de Cármen Lúcia foi no sentido de que a concreção da igualdade dinâmica (igualação) seria tarefa do Estado (A_3), e o quarto e quinto argumentos afirmaram que não ter havido usurpação de competência legislativa e que seria possível a normatização interna pela universidade, dada sua autonomia (A_4 e A_5). Por fim, o sexto argumento asseverou que a normatização da UnB seria constitucional porque a universidade possui responsabilidade social na densificação dos objetivos do art. 3.º da Constituição da República (A_6).

Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa antecipou oralmente sua posição. Votou em ata pela improcedência dos pedidos formulados na ação e, assim, não apresentou manifestação de voto, acompanhando na íntegra o relator. Em suas palavras, o Ministro Lewandowski já havia esgotado o tema. Por esse motivo, o voto do Ministro Joaquim Barbosa não foi submetido à Escala de Deliberatividade Intrainstitucional e, consequentemente, não foi objeto de classificação individual. Também não foi contabilizado no momento de qualificação da sessão.

Voto do Ministro Cezar Peluso

Depois do Ministro Joaquim Barbosa, votou o Ministro Cezar Peluso. Pela improcedência dos pedidos formulados na ação, totalizando oito páginas, o voto de Peluso apresentou três interações argumentativas e uma interação não-argumentativa.[293] A predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*) aplicada à Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI) fez com que o grau deliberativo do voto de Peluso fosse classificado como *forte*. Seu interesse estava em saber se as ações afirmativas ofenderiam o princípio constitucional da igualdade, em particular, ou, eventualmente, outro princípio constitucional.

Para o Ministro, além de igualdade formal e igualdade material distinguirem (A_1), haveria um fato socio-histórico incontroverso: o *déficit* educacional e cultural da etnia negra

[293] Interações argumentativas: com o Ministro Gilmar Mendes, sobre acesso à universidade pública, às fls. 160, e com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 160. Mais tarde, às fls. 166, por ocasião do voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Cezar Peluso voltou a interagir argumentativamente com Gilmar; desta feita, ao tratar da efetividade da adoção de forma pura do critério racial, dissociado do critério socioeconômico, ponderou eventual déficit, apesar de reconhecer o pioneirismo benéfico da política empregada no processo seletivo da UnB. Interações não-argumentativas: com o Ministro Joaquim Barbosa, às fls. 155.

(A_2). Esse fato, por si só, faria constitucional a política impugnada. Para Cezar Peluso, é dever do Estado e da sociedade cumprir objetivos constitucionais, como os encartados no art. 3.º, mediante políticas públicas (A_3). Durante a leitura do voto, como foi dito, sucedeu em Plenário um debate com Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa que tocou em pontos importantes, como o modelo brasileiro de acesso à universidade pública e a possibilidade de cobrança, nestas universidades, de taxa de matrícula como meio de expansão de vagas e mensalidade em cursos de especialização. Peluso retomou seu voto afirmando que cotas não discriminariam negativa, mas sim positivamente (A_4), e, além de contribuírem para o patrimônio educacional dos negros (A_5), não produziam desvalia do mérito pessoal (A_6). Ressaltou, ao fim, que não havia evidências empíricas de que políticas afirmativas estimulavam o racismo (A_7).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

Antecipar oralmente a posição fez com que, no acórdão, nove páginas fossem dedicadas à fala inicial do Ministro Gilmar Mendes. O voto escrito, contendo trinta e sete páginas, também foi juntado ao acórdão. Gilmar foi quem mais interagiu argumentativamente no julgamento da ADPF 186 – no total, foram nove interações argumentativas contra seis não-argumentativas.[294] Com a aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), a predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*) fizeram com que o grau deliberativo do voto do Ministro Gilmar Mendes fosse classificado como *forte*.

Pelo menos oito argumentos pela improcedência dos pedidos formulados pelo DEM puderam ser identificados no voto de Gilmar Mendes. O primeiro deles sugeria que pensar a questão das ações afirmativas à luz da liberdade, igualdade e fraternidade, sobretudo a igualdade como valor, forçava concluir pela constitucionalidade da medida (A_1). Além disso, o critério *raça*, no qual estariam exclusivamente baseadas as ações afirmativas, seria um conceito sociológico, apesar de sua aplicação suscitar divergências (A_2). Gilmar teceu críticas ao critério de identificação adotado pela UnB, apesar de reconhecer o pioneirismo da medida, e sugeriu a adoção de um novo critério que associasse o fenótipo à renda (A_3).

Considerar a constitucionalidade da norma também passaria pela necessidade da temporariedade (*sunset clauses*) e, naquele caso, esse requisito estava presente (A_4). Outro

[294] Interações argumentativas: com o Ministro Cezar Peluso, às fls. 157, 163 e 167, e Ricardo Lewandowski às fls. 158 e 165; às fls. 157 e 163, as interações se deram com Luiz Fux e Rosa Weber, respectivamente, e às fls. 166 e 168 com Joaquim Barbosa e Ayres Britto, nesta ordem. As interações não-argumentativas ocorreram às fls. 159 e 165, com Cezar Peluso, às fls. 163 e 169 com Ayres Britto e às fls. 163 e 170 com Lewandowski.

aspecto legitimador da política afirmativa de cotas raciais seria o fato de que, no Brasil, a universidade pública é altamente excludente, assim como o próprio ensino superior (A_5). Gilmar argumentou, ainda, sobre a necessidade de construção de um modelo de política afirmativa compatível com as peculiaridades brasileiras, que, em sua opinião, não está adstrito somente às cotas (A_6). Advertiu que a experiência dos Estados Unidos faz ter a consciência de que não se deve tomar decisões com base na raça (A_7) e que o desenvolvimento do país depende do incentivo que se deve conferir à imaginação criadora (A_8).

No voto do Ministro Gilmar Mendes e em toda a discussão desencadeada a partir de sua fala, apesar de concordar com a improcedência dos pedidos, sua fundamentação conteve ressalvas e, portanto, a fórmula não poderia ser chancelada como sendo totalmente constitucional. Gilmar não concordara integralmente com o posicionamento do relator e dos demais Ministros. Na verdade, a reflexão crítica de Gilmar, embora importante, não provocou na Corte um debate coletivo. Na ementa do acórdão não há qualquer menção ou ressalva quanto a este contraponto.[295]

Voto do Ministro Marco Aurélio

Totalizando onze páginas, a participação do Ministro Marco Aurélio contou com uma breve observação oral na introdução do voto escrito. Seu raciocínio seguiu a conclusão do relator no sentido da improcedência dos pedidos formulados na petição inicial do arguente, sendo verificadas duas interações não-argumentativas e uma interação argumentativa.[296] Segundo a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), dada a predominância de interações não-argumentativas (*ina* > *ia*), o voto do Ministro Marco Aurélio foi classificado como sendo deliberativamente *fraco*.

[295] O fato poderia inclusive constituir o seguinte problema de pesquisa: em que medida o voto do relator determina o teor da ementa do acórdão final? Dessa reflexão surgem outras várias, que levam, por exemplo, a pensar: que peso teriam, na emissão e justificação da opinião definitiva do Tribunal e na definição das *rationes* dos julgamentos, o voto e os argumentos dos outros Ministros, por vezes tão ricos em informação e profundidade quanto o do Ministro relator? Sua apresentação, leitura e reflexão seriam atos meramente protocolares? O modelo de confecção de acórdãos no Supremo Tribunal Federal é o mais adequado? Uma provável hipótese aponta haver evidências no sentido de que as razões de decidir constantes da ementa do acórdão final coincidem com a *ratio* do voto de quem o elabora – o relator do caso ou, se vencido, o relator para o acórdão, responsável pela divergência vitoriosa –, mesmo existindo diversos outros argumentos apresentados pelos demais membros do colegiado.

[296] Interação argumentativa: às fls. 217, com a crítica do Ministro Gilmar Mendes (A_3) em relação ao critério de identificação adotado pela UnB e sua eventual má-aplicação, mitigada em vista dos benefícios gerados pela implementação da medida. Interações não-argumentativas: às fls. 209 e 219, com os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, respectivamente.

Foram mapeados seis argumentos no voto de Marco Aurélio. Para o Ministro, não só o art. 3.º da Constituição fundamentaria a política afirmativa de reserva de cotas raciais (A_1) como a simples existência de normas proibitivas não seria suficiente para afastar do cenário brasileiro a discriminação (A_2).[297] Marco Aurélio também argumentou que a autonomia universitária legitimava a implementação normativa realizada pela UnB (A_3), ressaltando que não havia qualquer evidência de que sua efetivação contribuíra para um "Estado racializado" (A_4). Ainda, sustentou que eventual má-aplicação ou até mesmo a constatação de fraudes e equívocos não seriam elementos aptos a deslegitimar a política, uma vez que os benefícios obtidos coadunavam com objetivos constitucionais (A_5); e terminou dizendo que as ações afirmativas evidenciavam o conteúdo democrático do princípio constitucional da igualdade (A_6).

Voto do Ministro Ayres Britto

À época Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto votou acompanhando o relator, Ricardo Lewandowski, e julgou improcedentes os pedidos formulados na ação. Doze páginas sintetizam seu raciocínio e, em termos de deliberação, foram contabilizadas quatro interações argumentativas e três interações não-argumentativas.[298] A predominância de interações argumentativas (*ia* > *ina*), de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), ensejou a classificação do voto como sendo deliberativamente *forte*.

Três argumentos centrais foram identificados: o de que políticas públicas afirmativas seriam abonadas pela Constituição (A_1); que sua aplicação não significava compensação por erros ancestrais, pois a nação é multigeracional e, portanto, "uma coisa só" (A_2); e o de que a constitucionalidade de uma ação afirmativa se justificaria pois apenas política repressiva, sancionatória, punitiva da discriminação, apesar de necessária, não seria suficiente (A_3).

Durante a fala de Ayres Britto houve interlocução com Celso de Mello, que, porém, solicitou o cancelamento do registro dos apartes no acórdão, com base no art. 133, parágrafo único, do RISTF.[299] Como não foi possível conhecer o teor da fala de Celso de Mello, não

---

[297] CRFB, art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[298] Interações argumentativas: com o Ministro Gilmar Mendes, às fls. 166 e 168, e com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 221 e 230. Interações não-argumentativas: todas com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 220, 221 e 229.

[299] RISTF, art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a

houve classificação das interações. Britto levou à sessão dois votos escritos, elaborados com base em outras ações envolvendo o mesmo tema.

Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello votou em ata pela improcedência dos pedidos formulados na ação, acompanhando na íntegra o relator. Não apresentou manifestação de voto. Por isso, o voto de Celso de Mello não foi submetido à Escala de Deliberatividade Intrainstitucional e, consequentemente, não foi objeto de classificação individual. Também não foi considerado no momento de qualificação da sessão.

III.4.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

No M_1, foram apuradas 22 interações argumentativas e 27 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua categoria

Ministro / Evento	Ricardo Lewandowski	Luiz Fux	Rosa Weber	Cármen Lúcia	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Carlos Britto	Celso de Mello	Dias Toffoli
Interação argumentativa	Relator	1	1	3	Ata	3	9	1	4	Ata	Impedido
Interação não-argumentativa	Relator	8	4	3	Ata	1	6	2	3	Ata	Impedido

M_2

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Ricardo Lewan-dowski	Luiz Fux	Rosa Weber	Cármen Lúcia	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Carlos Britto	Celso de Mello	Dias Toffoli

quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos. Parágrafo único. Os apartes constarão do acórdão, salvo se cancelados pelo Ministro aparteante, caso em que será anotado o cancelamento (Incluído pela Emenda Regimental n. 40, de 5 de agosto de 2010).

-	Fraco	Fraco	Médio	-	Forte	Forte	Fraco	Forte	-	-

M_3

No M_3, embora tenha havido a tentativa de aplicação do critério da predominância do grau dos votos, verificou-se fortes e fracos em igual número. Isso significou equilíbrio. Como critério ponderativo de desempate, foi verificada a natureza do voto remanescente. Seu grau deliberativo era médio. Assim, equivalentes os extremos e observado o excedente, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADI 4.543 foi considerado *médio*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério ponderativo
3	1	3	-	Médio

III.5 Corte Cezar Peluso (2010-2012) – ADPF 54

III.5.1 Ficha catalográfica

Tema: Tipificação da antecipação terapêutica de parto em caso de feto anencefálico como crime de aborto	
Direito ou garantia fundamental envolvido: Direito à vida (CRFB, art. 5.º, *caput*), direito à liberdade, garantia da legalidade e da autonomia da vontade (CRFB, art. 5.º, *caput*, e inciso II) e o direito à saúde, tanto física como psíquica (CRFB, arts. 6.º e 196), todos sob o preceito fundamental da dignidade humana (CRFB, art. 1.º, III, da CF)	
Tipo de ação: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	**Data de julgamento**: 11-04-2012 e 12-04-2012
Placar: 6-2-2 (Por maioria e nos termos do voto do Relator, contra os votos de Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas por Celso de Mello; e contra os votos de Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que a julgavam improcedente)	**Resultado**: Procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal
Relator: Marco Aurélio	**Procedência**: Distrito Federal (DF)
Autora: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)	**Impedimento ou suspeição**: Sim
Intimado: Presidente da República	**Quem e o quê**: Ministro Dias Toffoli, impedido

III.5.2 Breve relatório do caso

Tido como um dos mais polêmicos e relevantes casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a ADPF 54 foi formalizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). A inicial relata que juízes e tribunais vinham interpretando, do Código Penal, contra a Constituição Federal, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. Isso tornava possível que os profissionais da saúde fossem enquadrados criminalmente. O esforço da arguente, então, estava em demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciaria aborto, porque este necessitava da existência de vida extrauterina em potencial. A maioria da Corte considerou preenchidos os três pressupostos concernentes à admissão da arguição: ameaça ou violação de preceito fundamental, ato do Poder Público capaz de provocar a lesão e ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A CNTS pedia ao Supremo que conferisse interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal, declarando inconstitucional a interpretação que enquadrava no crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.[300-301-302] Foram mapeados oito argumentos sustentadores dessa tese. Mas, primeiro, é preciso esclarecer o que é anencefalia. Segundo consta, anencefalia caracteriza-se pela má-formação que causa defeito no fechamento do tubo neural no processo da gestação, o que faz com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. A arguente informou que, com este quadro, seria fatal em 100% dos casos. Ainda que houvesse sobrevida por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorria dentro do útero), a morte seria certa e o quadro, irreversível.

Assim, o primeiro argumento levantado foi no sentido de que a gravidez de feto anencéfalo seria mais gravosa (A_1). Além disso, não havendo nada a ser feito pelo feto, sua retirada seria a única indicação terapêutica para a gestante (A_2). Essa prática, realizada por médico habilitado, constituiria antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feitio do Código Penal. O crime exige a morte de feto viável para a vida extrauterina, enquanto na anencefalia sequer haveria possibilidade de vida (A_3). A CNTS também afirmou que a

[300] Código Penal, art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

[301] Código Penal, art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[302] Código Penal, art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

anencefalia só não seria causa de excludente de ilicitude, nos moldes do art. 128 do Código Penal, porque, à época de aprovação da lei, em 1940, não havia diagnóstico preciso para a má-formação, hipótese hoje possível e dotada de elevado grau de certeza (A_4).

Para a arguente, a interpretação até então dada pelo Judiciário constituiria ofensa à dignidade humana da gestante, pois a aplicação dos dispositivos referentes ao aborto à espécie representaria forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura (A_5). Haveria, também, afronta ao princípio da legalidade, na medida em que não subsumível, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, nas hipóteses de aborto, e à liberdade da mulher, enquanto imporiam, as decisões proibitivas, em tais circunstâncias, obrigação não prevista em lei (A_6). Além disso, ter-se-ia configurada a violência ao direito à saúde – a situação comprometeria o bem-estar físico, mental e social da gestante, submetida, na gravidez de fetos anencéfalos, a maiores riscos físicos e agravos psicológicos (A_7). Por fim, disse que a retirada do feto seria o único meio de preservar a saúde da mulher e que essa forma de tratamento seria escolha pessoal (A_8).

Liminarmente, o Ministro Marco Aurélio, relator, concedeu medida cautelar suspendendo o andamento de todos os processos ou dos efeitos de decisões não transitadas em julgado que tendessem à aplicação dos dispositivos penais reguladores do aborto no caso de fetos anencefálicos, com autorização às gestantes para o procedimento cirúrgico a partir de laudo médico atestando a deformidade. Submetida ao crivo do Plenário, a medida foi reformada. Apenas a suspensão subsistiu, cassada no mais a liminar. O Procurador-Geral da República emitiu parecer pelo indeferimento do pedido, sustentando, preliminarmente, a impossibilidade de se conferir interpretação conforme e, no mérito, a primazia jurídica do direito à vida. Foi realizada audiência pública visando a proporcionar a participação de entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos.

III.5.3 Análise dos votos

Voto do Ministro Marco Aurélio (R)

O Ministro Marco Aurélio julgou procedente o pedido formulado pela arguente. Antes, ressaltou que, no caso, não havia colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Assim, a questão posta sob julgamento estaria em saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coadunava-se com a Constituição, em

especial com os preceitos garantidores do Estado laico, da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para o Ministro, a resposta era negativa. Como premissa, afirmou que a liberdade religiosa e a laicidade do Estado não permitiam a análise do objeto da ação sob os influxos de orientações morais religiosas. Em seu voto, pelo menos seis argumentos puderam ser identificados e sistematizados.

O Ministro relator considerou que ao anencéfalo faltariam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade e a integração de quase todas as funções corpóreas. Por isso, seu primeiro argumento foi no sentido de que a interrupção da gestação, nesses casos, não consubstanciaria aborto eugênico, que pressupõe vida extrauterina, pois o feto anencéfalo seria considerado natimorto, sem possibilidade de vida (A_1). Marco Aurélio também reputou incorreta a invocação, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, da possibilidade de doação de seus órgãos. Primeiro, por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir a sua dignidade; depois, por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo (A_2).

Segundo o relator, igualmente não se podia invocar o direito à vida dos anencéfalos: anencefalia e vida seriam termos antitéticos, na medida em que o feto anencéfalo não teria potencialidade de vida (A_3). E, mesmo que se considerasse a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, para o Ministro, a incolumidade física do feto, que, se sobrevivesse ao parto, o seria por poucas horas ou dias, não poderia ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. Ou seja: ainda que se concebesse o direito à vida do feto anencéfalo, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos na Constituição (A_4).

Em última análise, Marco Aurélio considerara pela preservação da liberdade, da autonomia, da saúde, da privacidade, dos direitos sexuais, reprodutivos e da dignidade humana das mulheres nessa situação, cujas escolhas – tanto no sentido do prosseguimento como pela interrupção da gravidez – haveriam de ser respeitadas (A_5). Assim, o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhar-se-ia à tortura ou a um sacrifício que não poderia ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (A_6).

Voto da Ministra Rosa Weber

Acompanhando o entendimento do Ministro relator, Rosa Weber julgou procedente o pedido formulado na ação para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal. O voto proferido apresentou quatro interações argumentativas e uma interação não-argumentativa.[303] Assim, de acordo com a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), a predominância de interações argumentativas sobre não-argumentativas (*ia* > *ina*) permitiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *forte*. Quanto aos argumentos utilizados pela Ministra para justificar a adoção do seu posicionamento, pelo menos três foram identificados.

O desenvolvimento do raciocínio da Ministra, ao obedecer critérios de lógica e fluidez, primeiro assentou a seguinte premissa: a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional, não haveria de decorrer puramente de critérios esposados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. A circunstância de a Medicina descrever determinado fenômeno como fato não decorreria o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Isso significa que o conceito de vida no Direito haveria de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência (P_1).

Segundo Rosa Weber, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito estaria relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, não caberia a anencefalia no conceito de aborto – o crime de aborto, disse, demandaria interrupção de uma vida em desenvolvimento dotada com algum grau de complexidade psíquica. Não possuindo o feto anencefálico essa característica, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto seria fato atípico, excluído do âmbito de abrangência do conceito de aborto (A_1).

Quanto ao fato de o legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada, a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal, Rosa Weber entendeu que só não houve a inclusão da hipótese por falta de

[303] Interações argumentativas: com o argumento da atipicidade da antecipação terapêutica do parto, às fls. 94 e seguintes; com o argumento da vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude, às fls. 112 e seguintes; com o argumento da ponderação entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico, às fls. 124 e seguintes; e com o Ministro Marco Aurélio, às fls. 420. Interações não-argumentativas: com o Ministro Marco Aurélio, às fls. 93.

condições tecnológicas de diagnosticá-la à época (A_2). E, ao enfrentar a ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, entendeu que o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, seria maior que um. Haveria, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema (A_3).

Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O voto de Joaquim Barbosa para o caso estava pronto há oito anos e dois meses. Já tinha sido, inclusive, publicado em obra acadêmica. Foi o que o Ministro declarou, afirmando que elaborara o texto antes da interrupção do julgamento por decisão do Presidente do Supremo à época.[304] No voto escrito, não foram encontradas interações – quer de natureza argumentativa, quer de natureza não-argumentativa. Com a ausência daquelas (*ia = 0*), o grau deliberativo da manifestação de Joaquim Barbosa foi considerado *fraco*. Tendo proferido o voto na primeira assentada, no dia 11-04-2012, o Ministro não se fez presente na segunda sessão, realizada no dia 12-04-2012.

Voto do Ministro Luiz Fux

Na ADPF 54, Luiz Fux interagiu intensamente com o Plenário. No total, foram contabilizadas trinta e quatro interações: dezoito argumentativas e dezesseis não-argumentativas.[305] A predominância de interações de caráter argumentativo (*ia > ina*)

---

[304] "*O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA* - Presidente, há exatos oito anos e dois meses, trouxe a julgamento neste Plenário o Habeas Corpus nº 84.025, que, como todos sabemos, teve o seu julgamento bruscamente interrompido por decisão do presidente de então, mas cheguei a elaborar voto sobre esta matéria naquela ocasião. Esse meu voto, mencionado aqui hoje, nesta assentada, já está publicado no livro 'Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos', sob a coordenação dos Professores Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, aos quais, aliás, eu rendo homenagem. Eu gostaria apenas de me limitar a pedir a juntada desse meu voto, com pequenas modificações, para aderir ao brilhantíssimo voto do eminente Relator" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Pleno, Brasília, DF, 11 de abril de 2012. pp. 145-146).

[305] Interações argumentativas: com os Ministros Marco Aurélio, às fls. 157, 160, 162, 163, 167, 170, 416 e 372, por duas ocasiões; Rosa Weber, às fls. 162 e 165; Celso de Mello, às fls. 417; Ricardo Lewandowski, às fls. 416; e Cezar Peluso e Celso de Mello, às fls. 424, 425, 431 e 427, duas vezes. Interações não-argumentativas: com os

permitiu que à sua participação fosse atribuído grau deliberativo *forte*. Na elaboração do raciocínio, três premissas foram fixadas: que a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero seria absolutamente efêmera (P_1); que o diagnóstico de anencefalia podia ser feito, com razoável índice de precisão, a partir das técnicas disponíveis (P_2); e que as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural eram absolutamente inexistentes (P_3).

À vista disso, seu primeiro argumento para considerar a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez de feto anencefálico foi o de que, sob tais circunstâncias, avultaria a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, componentes da dignidade humana da mulher, sob inclusive de prática equivalente a tortura (A_1). Para o Ministro Fux, a situação ainda se enquadraria no estado de necessidade, na antijuridicidade e na inexigibilidade de conduta diversa (A_2), além de configurar ameaça ao direito à saúde da mulher a obrigatoriedade de manter-se grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal (A_3).

Também afirmou, com base nas premissas P_1, P_2 e P_3, que o feto em situação de anencefalia seria desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida, a despeito de merecer a proteção estatal – não como ente vivo, e sim como ente desprovido de possibilidade de vida, protegendo-o indiretamente, com, por exemplo, direito a nome, sepultura e respeito à imagem (A_4). Mais: não seria de se cogitar de aborto do feto anencéfalo quer pela ausência de tipicidade, ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito passivo (A_5), quer pelo conjunto de fatos e circunstâncias que retirariam a culpabilidade e, por isso, não haveria se falar em crime (A_6).

A construção do Estado Democrático de Direito, para Fux, dar-se-ia a partir do respeito pleno à liberdade, que, no caso, estaria expresso na garantia de acatamento à escolha da gestante ou do casal de pais quanto à continuidade da gestação de feto sem condições de vida extrauterina (A_7). Por fim, asseverou que, pela Constituição, o direito à saúde abrangeria a proteção à maternidade; e ser mãe seria dar à luz, permitir nascer uma nova vida – não velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser (A_8).

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, às fls. 154; Marco Aurélio, às fls. 155, 157, 158, 160, 161, 165, 168, 373, 374 e 416, por duas ocasiões; Cezar Peluso, às fls. 429; e Cezar Peluso e Celso de Mello, às fls. 425, duas ocasiões, e 427.

Inaugurando a divergência, Lewandowski votou pela improcedência da ação. Com sete interações argumentativas e duas não-argumentativas, predominantes as primeiras (*ia* > *ina*), o grau deliberativo de seu voto foi considerado *forte*.[306] O principal argumento do Ministro Lewandowski foi objetivo no sentido de que a arguição, buscando estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos fosse isento de punição, submetia à Corte matéria estranha à sua competência, em verdade de apreciação soberana do Congresso Nacional (A_1).

Voto do Ministro Ayres Britto

Ayres Britto votou com a maioria, julgando procedente o pedido deduzido pela CNTS. Foram apuradas dez interações argumentativas e três não-argumentativas em sua participação, ensejando, pelo critério da predominância estabelecido na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, que o grau deliberativo correspondente fosse classificado como *forte* (*ia* > *ina*).[307] Britto entendeu que havia três acepções extraíveis dos signos linguísticos presentes no texto legal. A primeira interpretação seria no sentido de que a antecipação terapêutica do feto anencéfalo, de fato, constituiria crime.

Já a segunda intelecção, perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia, indicava inexistir o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tivesse por objeto um *natimorto cerebral*, isto é, um ser padecente de inviabilidade vital – o feto anencéfalo, desprovido tanto do hemisfério direito quanto do hemisfério esquerdo do cérebro, não gozaria do que Britto chamou de *rebento da consciência*.

A terceira informação possível deduzia que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo era, sim, aborto, mas não configuraria prática penalmente cabível. A razão fundamental desse tipo de despenalização residiria na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante seriam bens jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto. Ayres Britto deu pela aplicação da segunda interpretação, justificando-a tanto

[306] Interações argumentativas: com o argumento da escolha do legislador, às fls. 241; com o Ministro Ayres Britto, às fls. 370; com os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, às fls. 374; e com Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes, às fls. 423, por duas ocasiões, 427 e 429. Interações não-argumentativas: com o colegiado como um todo, às fls. 237, e com os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, às fls. 423.

[307] Interações argumentativas: com os Ministros Marco Aurélio, às fls. 257, 260 e 265; Ricardo Lewandowski, às fls. 255; Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, às fls. 259 e 416; Rosa Weber, às fls. 260 e 263; Cezar Peluso, às fls. 416; e Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Luiz Fux, às fls. 425.

com base na inviabilidade vital do feto anencefálico (A_1) como no reconhecimento da autonomia da mulher para escolher sobre o prosseguimento ou não da gestação, sob pena de configuração de tortura, tratamento cruel e grave comprometimento do estado de saúde física, psíquica e moral (A_2).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes apresentou voto com grau deliberativo *médio*: a decisão de procedência, com perfil aditivo, conteve, à luz da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, cinco interações argumentativas contra cinco interações não-argumentativas (*ia = ina*).[308] Embora sua conclusão tenha acompanhado a da maioria, Mendes fez ressalvas quanto a razões adotadas por alguns colegas que haviam votado anteriormente. O Ministro identificou na ação três fundamentos principais: *(i)* a atipicidade do fato (aborto de feto anencéfalo); *(ii)* a necessidade de se conferir ao Código Penal, na parte que interessa, uma interpretação evolutiva, por datar de 1940 a redação de sua parte especial; e *(iii)* a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde.

Em seu voto, fez questão de ressaltar que não concordava com os fundamentos *(i)* e *(iii)*, abraçado por alguns dos Ministros, sobretudo por entender que a regra do Código Penal brasileiro, de vedação do aborto, inseriria a conduta direcionada a abreviar a gestação de feto anencéfalo – ele poderia afinal nascer com vida, gerando reflexos jurídicos e psíquicos de vieses diversos e, assim, a interrupção dessa gravidez estaria enquadrada no suposto fático da regra penal (A_1).[309] Para Gilmar Mendes, o caminho para a solução poderia ser extraído da

---

[308] Interações argumentativas: com o Ministro Ayres Britto, às fls. 267 e 311; e com os Ministros Cezar Peluso, Luiz Fux e Celso de Mello, às fls. 424, 425 e 426. Interações não-argumentativas: com os Ministros Ricardo Lewandowski, às fls. 268 e 512; Luiz Fux, às fls. 269; e Celso de Mello, Lewandowski e Cezar Peluso, às fls. 424 e 425.

[309] A ressalva é importante porque envolve, diretamente, a tarefa deliberativa da fase pós-decisional. "*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* – [...] Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático. [...] É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores). Entendo, assim, que os fundamentos trazidos na inicial relativos à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde não são aptos, *concessa venia*, para desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer

própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e do aborto humanitário (arts. 128, I e II, do CP, respectivamente), expressara os valores e bens jurídicos protegidos. Em certos casos, então, o direito à vida do nascituro poderia não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar.

O aborto do feto anencéfalo, nesse sentido, objetivaria justamente a proteção da saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia até o parto, a mulher teria de conviver com o sofrimento de carregar consigo um feto sem perspectiva de sobrevivência (A_2). A hipótese seria similar àquela permitida pela legislação penal do aborto de feto resultante de estupro – segundo Mendes, a principal intenção dessa norma seria também garantir a saúde psíquica da gestante, com a distinção importante de que, neste último caso, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável (A_3). O cerne do raciocínio do Ministro, portanto, estaria na interpretação que orienta à proteção da integridade física e psíquica da mulher, juntamente com seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade.

A interpretação conforme à Constituição dada por Gilmar Mendes contou, assim, com perfil aditivo: estabelecia que, além do aborto necessário (quando inexistente outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se puniria o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padecesse de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Para cumprimento da decisão, afigurar-se-ia indispensável que o Ministério da Saúde regulamentasse normas de organização e procedimento quanto ao reconhecimento da anencefalia.

Voto do Ministro Celso de Mello

Com um grau deliberativo *forte*, o voto do Ministro Celso de Mello, proferido no sentido da procedência do pedido com atribuição de interpretação conforme à Constituição, de perfil aditivo, sob a ótica da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI), somou quatro interações argumentativas e uma não-argumentativa (*ia* > *ina*).[310] Seu raciocínio evidenciou

---

de anencefalia – ao crime de aborto. *Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato. Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Pleno, Brasília, DF, 11 de abril de 2012. pp. 289-302, sem grifos no original).

[310] Interações argumentativas: com os argumentos sobre o marco definidor do início da vida, a existência de atividade cerebral no feto anencéfalo e o tratamento penal da conduta que interrompe a gravidez de feto

quatro razões fundamentais, fixada a premissa de que a controvérsia não poderia ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre fé e razão ou entre princípios jurídicos e postulados teológicos (P_1).

Para o Ministro, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que entendia como aborto a antecipação do parto de feto anencefálico significava garantir às mulheres naquela situação o exercício pleno do direito de seus direitos reprodutivos, protegidos pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, outorgando-lhes, pois, a escolha entre prosseguir no curso natural da gestação ou interrompê-la, sem receio de sofrer punição criminal ou qualquer tipo de interferência do Estado em sua esfera de autonomia privada (A_1).

Celso de Mello também considerou que a atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, poderia, sim, *a contrario sensu* do que outros Ministros haviam entendido, servir de marco definidor do início da vida – e com isso restaria afastada a alegação de violação do direito à vida pela inexistência da figura da pessoa ou de um ser humano potencial, já que, em casos de anencefalia, o processo de formação do sistema nervoso central sequer teria início (A_2).

Na possibilidade de ponderação entre o direito à vida e os interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, o Ministro entendeu que se imporia como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico a liberação da interrupção da gestação (A_3). Para mais, fez registrar que referida interrupção da gravidez não se subsumiria à ideia de aborto, porque destituída de tipicidade penal – tratar-se-ia de hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que pudesse obrigar a mulher a prolongar a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte (A_4).

Celso de Mello condicionara o direito da gestante de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado ao diagnóstico e comprovação identificada por médico habilitado da malformação fetal (perfil aditivo). Houve aparte de Ayres Britto durante a leitura do voto do Ministro. O teor das interações de Mello, porém, não puderam ser apuradas em vista do pedido de cancelamento do registro (art. 133, parágrafo único, RISTF).

---

diagnosticado com anencefalia, respectivamente, às fls. 339, 350 e 424; e com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 423. Interações não-argumentativas: com o Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 313.

Voto do Ministro Cezar Peluso

Na ADPF 54 ficaram vencidos tanto os Ministros Lewandowski e Peluso como Gilmar Mendes e Celso de Mello. Os primeiros concluíram pela improcedência do pedido formulado pela CNTS. Os dois últimos, embora tenham votado pela procedência, proferiram sentença de perfil aditivo, no que não foram acompanhados pelos demais membros do colegiado. O voto do Ministro Cezar Peluso foi classificado em grau deliberativo *forte*, pois predominantes, por seis a um, as interações argumentativas (*ia* > *ina*).[311] A natureza pró-deliberação das interações de Peluso muito devem à postura específica que era de seu costume adotar – os argumentos eram identificados, sistematizados e, individualmente, em tópicos próprios, enfrentados. Assim como em outros casos, o contra-argumento não veio; as objeções não encontraram eco no vácuo dialógico do colegiado.

Assim foi que o Ministro indicou que pelo menos a corrente majoritária estaria a negar a viabilidade, a potencialidade para uma vida extrauterina do feto anencéfalo. E, por isso, a interrupção de gravidez de feto nessas condições não caracterizaria crime, até como decorrência do direito múltiplo subjetivo que teria a gestante à sua própria saúde, à sua autonomia de vontade. Para Cezar Peluso, entretanto, todos os fetos anencéfalos seriam inequivocamente dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente; e, dessa forma, a ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida de anencefalia, corresponderia ao tipo penal do aborto.

A primeira justificativa apresentada pelo Ministro foi a de que, se o anencéfalo morrera, só o poderia porque estava vivo; bem assim não poderia morrer se vivo não estivesse (A_1). Além disso, para a configuração do crime de aborto, bastaria a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina (A_2). O fato de que o anencéfalo possuiria vida, aliás, seria decisivo a indicar seu pertencimento à espécie humana, apesar da deficiência ou mutilação, o que lhe garantiria proteção jurídica e dignidade humana, impedindo fosse transformado em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição (A_3).

[311] Interações argumentativas: com os Ministros Celso de Mello, às fls. 375; Ayres Britto, às fls. 407 e 408; Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ayres Britto, às fls. 426, 427 e 430; Celso de Mello, às fls. 419; e, respectivamente, com os argumentos da similitude ou não entre a ADPF 54 e o caso das células-tronco embrionárias (ADI 3.510), da aplicação da analogia com a morte encefálica, do tratamento penal da matéria, da possibilidade de atuação da Corte como legislador positivo e da violação à saúde física e psíquica da mulher, às fls. 376, 381, 382, 412 e 411. Interações não-argumentativas: com todo o colegiado, às fls. 375.

O Ministro afirmou, ainda, que o feto seria sujeito de direito, embora não tivesse ainda personalidade civil: o nascituro, anencéfalo ou não, seria investido pelo ordenamento, segundo a tradição jurídica, na garantia expressa de resguardo de seus direitos, entre os quais, por exemplo, poderia se contar *a fortiori* o da proteção da vida, conforme dispunha inclusive o art. 2.º do Código Civil (A_4). Ademais, o valor da vida, quer intra ou extrauterina, não dependeria de sua qualidade ou duração – e entender da forma qual poderia levar ao risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia (A_5).

Nesse sentido, a ausência da perfeição ou potência de desenvolvimento segundo os padrões ordinários de experiência e, de outro lado, a presença da tendência de morrer nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não constituiria empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não seria degradada nem decomposta porque o cérebro apresentara formação incompleta (A_6). Cezar Peluso considerara, ademais, existir uma dificuldade técnico-científica de se detectar, com precisão absoluta, quais casos seriam de anencefalia, de modo a diferenciá-los de outras afecções da mesma classe nosológica (A_7). Indagou: se impossível sequer apurar, com a segurança necessária, se dado caso seria de anencefalia *stricto sensu*, como prognosticar a viabilidade do feto fora do útero?

Ainda, argumentou a impropriedade da analogia com a tortura. A seu juízo, estaria ausente sofrimento *injusto*, único juridicamente apreciável (A_8). De tortura só se poderia cogitar quando algum sofrimento injusto e intencional pudesse ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. Ao caso, faltaria a inflicção proposital de sofrimento.[312] Peluso entendeu, também, que a competência para normatizar aquela situação-problema seria exclusiva do Congresso Nacional, dada a impropriedade da atuação do STF como legislador positivo. Caberia apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade (A_9).

Finalmente, Peluso considerou outros dois argumentos: que a gestação de anencéfalo seria perigosa para a mãe não colheria, porque todas as hipóteses de risco de vida à genitora já estariam sob o pálio do chamado aborto terapêutico, previsto no art. 128, I, do Código Penal, o qual, elegendo um entre dois valores jurídicos de igual grandeza sob certos aspectos,

[312] Aqui, questionou: "quem estaria, de indústria, a aplicar tortura à mãe? O feto anencéfalo, fruto '*[d]esse imponderável, [d]esse acaso natural*'? Ou o Estado, personificado no Poder Legislativo, que, para legitimar ação tendente a aliviá-la à dor, deixou de prever hipótese de licitude ou de impunidade do aborto? Quem sabe, seria o Judiciário, que, recusando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe atipicidade ou a criar *ex nihilo* excludente de punibilidade? Esta é, aliás, a razão palpável que exclui ao caso toda ideia de injustiça subjetiva, que é ínsita à noção leiga ou jurídica de tortura. A natureza não tortura!" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Pleno, Brasília, DF, 11 de abril de 2012. p. 404).

autorizava, em vistosa regra de exceção o sacrifício do feto como medida extrema para preservar a vida da mãe – essa circunstância não diria com o que chamou de *mero evento psíquico do sofrimento da mãe* e *vaga possibilidade de complicações da gravidez* (A_{10}); e que era impertinente a invocação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, porquanto o reconhecimento da existência de poder absoluto de eliminar a vida intrauterina, seria a completa reificação do concepto, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica (A_{11}).

III.5.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

No M_1, foram apuradas 69 interações argumentativas e 36 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua natureza

Ministro / Evento	Marco Aurélio	Rosa Weber	Joaquim Barbosa	Luiz Fux	Cármen Lúcia	Ricardo Lewandowski	Dias Toffoli	Ayres Britto	Gilmar Mendes	Celso de Mello	Cezar Peluso
Interação argumentativa	Relator	4	0	18	8	7	Impedido	10	5	4	13
Interação não-argumentativa	Relator	1	0	16	7	2	Impedido	3	5	1	1

M_2

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Marco Aurélio	Rosa Weber	Joaquim Barbosa	Luiz Fux	Carmém Lúcia	Ricardo Lewandowski	Dias Toffoli	Ayres Britto	Gilmar Mendes	Celso de Mello	Cezar Peluso
-	Forte	Fraco	Forte	Forte	Forte	-	Forte	Médio	Forte	Forte

M_3

No M_3, a partir do critério da predominância do grau dos votos, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADPF 54 foi considerado *forte*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério predominância
7	1	1	Forte	Forte

III.6 Corte Gilmar Mendes (2008-2010) – ADI 3.510

III.6.1 Ficha catalográfica

Tema: Pesquisa com células-tronco embrionárias	
Direito ou garantia fundamental envolvido: Garantia da inviolabilidade do direito à vida (CRFB, art. 5.º, *caput*) *versus* o direito à saúde (CRFB, art. 6.º) acoplado ao dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CRFB, art. 196), o direito ao livre planejamento familiar (CRFB, 226, §7.º) e o direito à livre expressão da atividade científica (CRFB, art. 5.º, IX), associado ao dever do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (CRFB, art. 218, *caput)*, todos sob o fundamento da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1.º, III)	
Tipo de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)	**Procedência**: Distrito Federal (DF)
Relator: Ayres Britto	**Data de julgamento**: 05-03-2008, 28-05-2008 e 29-05-2008
Autor: Procurador-Geral da República	**Resultado**: Improcedente
Intimado: Presidente da República	**Placar**: 6-5
Intimado: Congresso Nacional	**Impedimento ou suspeição**: Não

III.6.2 Breve relatório do caso

O julgamento da ADI 3.510 repercutiu amplamente na opinião pública. A mídia e a sociedade – especialmente as comunidades religiosa e científica – acompanharam atentamente o desate da questão no Judiciário. Por ocasião desta ação, o Supremo Tribunal Federal, em quase duzentos anos de história, realizara pela primeira vez uma audiência pública. Fato inédito. O Procurador-Geral da República buscava o reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade do art. 5.º da Lei n.º 11.105/05, conhecida como *Lei de Biossegurança*. O dispositivo autorizava e regulava a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica e terapia.[313] O núcleo da impugnação: a afirmação de que a vida humana

[313] Lei n. 11.105/05, art. 5.º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação

aconteceria *na* e *a partir da* fecundação, e que, portanto, a utilização do embrião para retirada de células-tronco, com sua consequente destruição, importaria na violação do direito à vida.

Tanto o Congresso Nacional como o Presidente da República e a Advocacia-Geral da União afirmaram, basicamente, que o direito à saúde e o direito de livre expressão da atividade cientifica fariam com que a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, se consubstanciasse em valores amparados constitucionalmente. Como *amici curiae*, foram admitidas as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Polarizado, o debate configurou duas correntes de opinião bem nítidas. Em síntese, uma concepção afirmava que pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não seria aborto – neste, ter-se-ia uma vida que só seria interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não haveria vida se não houvesse intervenção humana. O outro lado refutava afirmando que a vida humana começaria na fecundação – a partir de sua ocorrência, todas as características genéticas do indivíduo já teriam sido definidas. Processualmente, a Corte enfrentou duas questões preliminares: a legitimidade do Procurador-Geral para a propositura da ação (CRFB, art. 103, VI) e a adequação da via eleita, assim considerada por se tratar de pedido enquadrado na parte inicial da alínea *a* do inciso I do art. 102 da CRFB.[314] Extenso, o acórdão final publicado possui quinhentas e vinte e seis páginas.

III.6.3 Análise dos votos

Voto do Ministro Ayres Britto (R)

O Ministro relator entendeu pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado pela PGR. Examinar seu voto fez com que sete razões fossem identificadas. Para Britto, o art. 5.º da Lei de Biossegurança não violava a dignidade

---

desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

[314] CRFB, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

da vida humana – ao contrário, seria ele, em suas palavras, um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favoreceria a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas do embrião humano *in vitro*, permitindo melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas em situações de anomalias ou incômodos genéticos graves (A_1).

Ayres Britto distinguira o embrião *in vitro* e o embrião existente no útero feminino. Àquele faltariam possibilidades de ganhar terminações nervosas, as quais considerou como o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Ou seja, ao embrião *in vitro* faltaria cérebro – não o possuía nem concluído, nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existiria nem mesmo em potencialidade. Assim, o Ministro concluiu que a Constituição Federal não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo, mas apenas da vida própria de uma concreta pessoa, a quem chamou *nativiva*, isto é, dotada de compostura física ou natural, o que não era o caso (A_2).

Além disso, considerou que a prática não configurava aborto. Isso porque o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino – excluídos, portanto, os embriões *in vitro*, que não precisaram de intercurso sexual para eclodir e seriam absolutamente incapazes de qualquer resquício de vida encefálica (A_3). Britto disse, também, que o direito infraconstitucional protegeria por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, de modo que o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (A_4).

Houve ainda outro argumento. Britto disse que, se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito passa por sucessivos testes de fecundação *in vitro;* se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; e se não há o dever legal do casal quanto ao aproveitamento genético, então a alternativa da Lei de Biossegurança seria adequada, pois do contrário os embriões não requestados ou estariam condenados à perpetuidade congelados tubos de ensaio, ou seriam descartados no lixo pelos estabelecimentos médicos de procriação assistida (A_5). A esses pensamentos fez acrescer, por fim, dois fundamentos: o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica (A_6 e A_7). Após ter sido proferido o voto do Ministro Ayres Britto, relator, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito. Antes, porém, antecipou seu voto a Ministra Ellen Gracie, que, ao que consta, aposentaria da função nos próximos dias.

Voto da Ministra Ellen Gracie

Ellen Gracie acompanhou o entendimento de Ayres Britto, relator. Sua manifestação, que apresentou três interações argumentativas e cinco não-argumentativas, conforme a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, foi considerada deliberativamente *fraca* (*ina* > *ia*).[315] Três motivos fundamentais foram mapeados: a Ministra não considerava violação às garantias da dignidade da pessoa humana e da vida porque o pré-embrião, não acolhido no lugar natural de seu desenvolvimento, não se classificaria como pessoa (A_1). Também não poderia ser considerado nascituro, porque ausente a possibilidade ou probabilidade de vir a nascer – os embriões inviáveis ou destinados a descarte não guardariam tais características (A_2).

Ademais, Ellen Gracie destacou a aplicabilidade do que chamou *princípio utilitarista*, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível – assim, o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida seria infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão (A_3). Na primeira assentada, em 05-03-2008, com os votos do Ministro Ayres Britto e da Ministra Ellen Gracie, julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito. Vinte e três dias depois, em 28-05-2008, foi retomado do julgamento com o voto-vista do Ministro Menezes Direito.

Voto-vista do Ministro Menezes Direito

Menezes Direito foi quem inaugurou a divergência, julgando procedente em parte o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República. Declarou parcialmente a constitucionalidade, sem redução de texto, não só do *caput* do art. 5.º e seus incisos I e II, mas também dos §§1.º e 2.º. Em oitenta e seis páginas, foram contabilizadas, no total, vinte interações: treze argumentativas contra sete não-argumentativas. A Escala de Deliberatividade Intrainstitucional indicou que o voto, em termos deliberativos, possuíra grau *forte* (*ia* > *ina*).[316]

---

[315] Interações argumentativas: com o Ministro Menezes Direito, às fls. 79, 397 e 403. Interações não-argumentativas: com os Ministros Marco Aurélio, às fls. 78; Ayres Britto, às fls. 79 e 398; Menezes Direito, às fls. 397; e Ricardo Lewandowski e Eros Grau, às fls. 397.

[316] Interações argumentativas: com os Ministros Ayres Britto, às fls. 92, 123, 136, 137 e 139, e Ellen Gracie, às fls. 404, 404 e 513. Sem vinculá-los de forma expressa a membros do colegiado, Menezes Direito também tratou de argumentos esposados antes de sua manifestação: interagiu, às fls. 139, com a analogia feita por Britto entre "vida" e "morte cerebral"; às fls. 146, com as características de embrião uterino e o fertilizado *in vitro*; às fls.

Para o Ministro Menezes Direito, em primeiro lugar, não se podia afirmar a superioridade da qualidade das pesquisas com células-tronco embrionárias em relação às investigações utilizando células-tronco adultas (A_1). Assim, seu foco estaria na verificação de admissibilidade do método de obtenção daquelas células, que dar-se-ia através da destruição do embrião. Para Direito, o embrião, mesmo *in vitro*, não se reduziria a algo dependente de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira ou o mármore; o embrião não seria um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização, de modo que a fertilização *in vitro* não lhe retiraria a potência de transformar-se em ser humano, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência poderia se atualizar. Ou seja: ao haver a fecundação, ele já seria, e se houvesse interrupção do que seria, aí sim, ele não mais será. Ele já seria um ser porque foi gerado para ser, não para não ser (A_2).

O Ministro afirmou, ainda, que o coração e o sistema circulatório existiam porque estavam presentes no embrião em potência; os movimentos somente seriam possíveis porque os membros já existiam na essência do embrião, assim como as propriedades da fala e tudo o mais que forma e caracteriza o ser humano relacional. A estrutura neural existiria porque existente no embrião em potência e, por isso, não seria correto afirmar que o embrião congelado nunca possuiria vida extrauterina (A_3). Menezes Direito também considerou que não havia relação do tema em julgamento com a legislação sobre a morte cerebral – segundo ele, a analogia não seria mais que a representação de uma posição preconcebida acerca da dualidade do homem no corpo e no pensamento (A_4).

Um quinto argumento lançado pelo Ministro foi o de que, mesmo gerados através de um procedimento artificial, o destino dos embriões fertilizados *in vitro* seria a implantação no útero. Sua potência, assim, em nada diferiria da potência encontrada naqueles embriões engendrados pela reprodução sexuada (A_5). Direito encontrou uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que colocava marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação – se de um lado se reconhecia haver vida no embrião, mas uma vida

ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, não se poderia entender não haver pessoa (personalidade) no embrião, e, contudo, lhe reconhecer a proteção da dignidade da pessoa humana (A_6).

142, com as hipóteses de descarte e confinamento dos embriões *in* vitro; com a citação de Santo Tomás de Aquino por Britto, a seu ver "descuidada", às fls. 142; e, novamente, com a hipótese de descarte ao lixo dos embriões *in vitro* não utilizados no processo reprodutivo. Interações não-argumentativas: com os Ministros Ayres Britto, às fls. 77, 90 e 189; Ellen Gracie, às fls. 78; Celso de Mello, às fls. 515 e 523; e Cezar Peluso e Gilmar Mendes, às fls. 515.

Quanto à carga genética, para Menezes Direito, o embrião já a traria toda em si – aquela mesma do futuro ser que seria originado. O embrião é quem traria o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado aos dias atuais, pelo que sua destruição, segundo o Ministro, seria muito mais até que a interrupção de uma vida, mas o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie (A_7). Ademais, em seu entender, a Constituição englobaria o direito de permanecer vivo e o direito à subsistência. Se só permaneceria vivo aquele que o é, e se o embrião podia ser entendido como vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protegeria (A_8).

Na continuação de seu voto, Menezes Direito pôs-se a enfrentar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentariam contra a vida do embrião. Para isso, considerou que os embriões congelados seriam embriões com vida. O método de extração de células-tronco embrionárias que acarretasse a sua destruição violaria, na sua compreensão, o direito à vida. No ponto exato em que o autorizava, a lei seria inconstitucional (A_9). O Ministro verificou, então, que a ciência apresentara método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resultava necessariamente em sua destruição; consequentemente, tais métodos não violariam o direito fundamental à vida.[317]

Em específico, os métodos conhecidos como Lanza e Landry-Zucker, tal qual o método chamado de Yamanaka e qualquer outro que não acarretasse a morte do embrião, segundo Direito, poderiam ser admitidos pela Constituição brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da humanidade sem o sacrifício da vida (A_{10}). Quanto à inviabilidade de determinados embriões, o Ministro asseverou que uma baixa ou baixíssima viabilidade não seria o mesmo que nenhuma. Portanto, inviabilidade, propriamente, não haveria. Assim, a inviolabilidade do direito à vida não admitiria que a mera possibilidade de alguns embriões tornarem-se inviáveis justificasse o sacrifício dos demais. A inviolabilidade do direito à vida, para Direito, não admitiria nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se tornarem inviáveis justificasse o sacrifício dos remanescentes. Aqui também vislumbrou inconstitucionalidade (A_{11}).

Direito concluiu que havia uma urgente necessidade de controle da atividade das clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se referia aos procedimentos de

[317] Esse método alternativo, chamado ICSI, consiste na escolha de um único espermatozoide que é então injetado, através de um micromanipulador, diretamente no interior do óvulo. ICSI é a sigla em inglês para *Intracytoplasmic Sperm Injection* – ou Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide. A técnica seria realizada rotineiramente no processo de fertilização *in vitro* para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga se um embrião é portador de alguma anomalia genética.

fertilização *in vitro* em geral e aos diagnósticos pré-implantacionais. Também observou que as pesquisas com células-tronco embrionárias eram importantes e não mereciam ser obstadas, observados limites e controles e desde que não causassem a destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal. Entendeu, então, que esse nível e esse grau seriam alcançados através de um procedimento de fertilização *in vitro* que, mesmo não obrigando a transferência de todos os embriões produzidos, observasse algumas regras.

As regras mencionadas por Direito seriam as seguintes: (i) emprego apenas para fins reprodutivos; (ii) emprego somente na ausência de outras técnicas aptas para solucionar o problema da infertilidade; (iii) proibição de seleção de sexo; (iv) emprego de ICSI apenas quando ineficaz a fertilização através da aproximação dos gametas; (v) limitação do número de óvulos a serem fertilizados; (vi) limitação do uso do diagnóstico pré-implantação, restringindo-o para investigação de determinadas anomalias com vistas à cura; (vii) limitação do número de embriões a serem transferidos; (viii) proibição de redução embrionária; (ix) proibição de descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação; (x) proibição de comercialização de embriões; e (xi) proibição de doação de embriões, salvo daqueles estagnados e registrados em registro único constituído para esse fim, com abrangência nacional, e somente para pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos que tenham sido aprovadas por órgão com abrangência nacional, sempre com o consentimento livre e informado dos genitores, de acordo com as normas de deontologia médica adotadas mundialmente, e a supervisão de médico especializado.

Com o voto de Menezes Direito, o relator, Ayres Britto, proferiu confirmação de voto. O relator, que teve vários de seus argumentos impugnados pela parcial divergência, tornou a reiterar seu posicionamento, dando explicações sobre certos pontos; entretanto, não foi possível dizer que o contra-argumento a Direito foi realizado diretamente.[318]

Voto da Ministra Cármen Lúcia

[318] Todavia, ao final da sessão, o Presidente Gilmar Mendes manifestou-se da forma seguinte: "Gostaria, ao encerrar esta parte da sessão, de registrar a importância deste debate, e a importância, inclusive, do pedido de vista previsto regimentalmente e, também, no Código de Processo Civil. Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos. Trago à tona as lições de Robert Alexy, para afirmar que 'o *parlamento representa o cidadão políticamente, o* tribunal *constitucional argumentativamente'*. É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta Corte" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, Pleno, Brasília, DF, 28 de maio de 2008. p. 191).

Cármen Lúcia votou com o relator e apresentou um voto com duas interações não-argumentativas e duas interações argumentativas.[319] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, a equivalência entre as categorias de interação argumentativas (*ia = ina*) exigiu que o voto fosse classificado como deliberativamente *médio*. A Ministra indaga se o Poder Judiciário teria legitimidade para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apoia. E apresenta seu primeiro argumento: o de que o ordenamento jurídico, ao impedir a auto-oferta do paciente como experimentação, necessitaria da continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias para se dar cumprimento aos princípios e regras constitucionais relativas ao direito à saúde e à dignidade da vida humana (A_1).

Além disso, Cármen Lúcia assentou que a liberdade de expressão da atividade intelectual e científica, considerada um dos fundamentos constitucionais do art. 5.º da Lei de Biossegurança, serviria à melhoria das condições de vida para todos. Assim, nenhuma eiva haveria na lei que pudesse invalidá-la (A_2). Sobre a violação do direito à vida, entendeu que a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos, se não se dariam a viver, porque não seriam objeto de implantação no útero materno, então não haveria que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado (A_3).

Para a Ministra, a célula-tronco embrionária, mencionada na Lei n.º 11.105/05, teria a natureza de substância humana. Existiriam estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a chance de o embrião se viabilizar seria baixa. Nessa condição, afirmou que essa matriz humana haveria de ser tida como uma das substâncias humanas que a Constituição permite possam ser manipuladas com vistas ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de vida dos povos, respeitados os demais princípios constitucionais (A_4). Em sua opinião, a norma impugnada daria cumprimento à determinação de preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país, e permitiria a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação daquele material (A_5).

Um sexto argumento pela improcedência seria o de que, não obstante proteção anterior, apenas com o nascimento é que as legislações não poderiam questionar ou regulamentar a condição de cada um e de todos os direitos que a humanidade do ser poderia

[319] Interações argumentativas: com os argumentos de Britto sobre a liberdade de expressão científica, às fls. 209, e a possibilidade, através da pesquisa, de melhoria das condições de vida para todos, às fls. 212. Interações não-argumentativas: com os Ministros Menezes Direito e Ayres Britto, às fls. 192, e Gilmar Mendes, às fls. 523.

lhe garantir (A_6). O voto contém duas outras razões: a de que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa não violaria, mas, antes, valorizaria a dignidade da pessoa humana ao dar outro destino ao embrião congelado diverso do lixo (A_7) e que o princípio da dignidade humana não se ateria a quem é ou não pessoa, mas o a garantia constitucional seria o dever do Estado e da sociedade de criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no sistema vigente (A_8).

Por fim, concluiu Cármen Lúcia que a pesquisa com células-tronco embrionárias não possuía certeza de resultados terapêuticos promissores, mas a não-pesquisa seria a certeza da ausência de resultados (A_9). Sobre esse aspecto, cabe o registro de que, correto ou não, o voto de Menezes Direito, proferido anteriormente, afirmou exatamente o contrário: que havia estudos científicos públicos indicando a existência de outros métodos de pesquisa com células-tronco, adultas ou embrionárias. Assim, segundo Direito, eventual proibição não significaria não-pesquisa. O ponto, aqui, é o seguinte: à elaboração prévia do voto escrito escapa justamente essa faceta essencial da deliberação que é a possibilidade do confronto respeitoso de ideias e fundamentos antagônicos, visando a melhor resposta para o caso.

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O voto de Lewandowski foi assentado em quinze tópicos. No primeiro, apresentou um novo relatório. No último, o dispositivo da decisão. O raciocínio, que concluiu pela parcial procedência, indicou, em seu percurso, três interações argumentativas e uma interação não-argumentativa.[320] Na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, havendo a predominância de interações argumentativas sobre não-argumentativas (*ia* > *ina*), foi de rigor que o voto fosse concebido, em termos deliberativos, como *forte*. Os argumentos de Lewandowski foram os seguintes: prevalecendo os tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, concluir-se-ia que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começaria na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo, e, assim, não estaria correto o raciocínio de que a legislação pátria somente ampararia a figura do nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno – haveria garantia de proteção estatal, pois, antes mesmo do nascimento (A_1).

[320] Interações argumentativas: embora não o tenha identificado expressamente, houve, às fls. 268, interação com argumento formulado por Ayres Britto no voto condutor do caso; as demais interações argumentativas se deram com Ellen Gracie, às fls. 399, e Ayres Britto, às fls. 461. Interações não-argumentativas: com Britto, Gracie, Direito e Cármen Lúcia, que haviam votado anteriormente, às fls. 239.

Permita a abertura de um parêntesis, que será retomado posteriormente, na discussão dos resultados: parece não haver, no processo decisório do Supremo, para além do relatório elaborado unipessoalmente, um momento específico para fixação conjunta de pontos controvertidos a serem solucionados pelos membros da Corte. Assim, a possibilidade de existência de um ponto de partida claro e consensualmente compartilhado, propiciando ambiente favorável à deliberação, acaba eclipsada por diferentes concepções acerca do objeto de julgamento, as quais ora convergem, ora se chocam. A impressão é de que as variadas gamas argumentativas, projetadas sob diferentes feixes óticos, interagem entre si apenas por coincidência – daí que as razões produzidas, no fim, não podem ser atribuídas à Corte como um órgão decisório comunitário, mas a cada membro ou grupo de membros unidos pela sua percepção individual. As linhas próprias de raciocínio afiguram-se refratárias à comunicação interpessoal, fazendo com que a tarefa deliberativa da fase decisional encontre terreno árido para assentar-se, desenvolver-se e consolidar-se.

Nesse sentido, Ricardo Lewandowski entendeu que a discussão travada naqueles autos não deveria limitar-se a saber se os embriões mereceriam ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuiriam ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se seriam ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano – do seu ponto de vista, o debate deveria centrar-se no direito à vida visto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano (A_2).

Baseado nisso, o Ministro considerou deficiente a técnica com que foi redigido o dispositivo, tanto por não vedar a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa (A_3) como por não impor nenhum limite numérico à sua produção (A_4), nem estabelecer qualquer restrição temporal à manipulação do material (A_5) e não determinar o conceito de *inviável* (A_6). Além disso, disse que o discrímen empregado pelo legislador para permitir a destruição de embriões a partir dos três anos de congelamento afigurava-se infundado, pois inexistente explicação lógica para conferir-se tratamento diferenciado aos embriões tendo em conta apenas os distintos estágios de criopreservação em que se encontravam. Enquanto tivessem potencial de vida ou enquanto fosse possível implantá-los no útero da mãe de que provieram ou no ventre de mulheres inférteis para as quais pudessem ser doados, a destruição de embriões congelados seria prática contrária aos valores fundantes da ordem constitucional (A_7).

Segundo Lewandowski, para viabilizar a realização de pesquisas com células embrionárias, mais do que a simples anuência dos genitores, cedentes de material genético,

também seria necessário o consentimento escrito acompanhado de maiores esclarecimentos e formalidades (A_8). Semelhante inconstitucionalidade residiria, ainda, na permissão de projetos de pesquisa desta natureza por comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsáveis pela sua realização (A_9). Dessa maneira, a declaração parcial de procedência dos pedidos formulados na ação fez conferir interpretação conforme ao dispositivo impugnado, sem redução de texto e com exclusão de qualquer outra, exatamente para sanar os vícios apontados pelo Ministro.

Voto do Ministro Eros Grau

Grau considerou sábio o pedido de vista feito pelo Ministro Carlos Alberto Direito. Disse que, sem aquele espaço de tempo, necessário ao exercício da reflexão própria à *phronesis*, não teria logrado alinhar as razões que conformaram seu voto. Julgou improcedente o pedido para declarar a constitucionalidade da norma, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, alguns requisitos. Foram contabilizadas uma interação argumentativa e duas não-argumentativas em sua manifestação.[321] Tendo em vista a predominância de interações não-argumentativas sobre as argumentativas (*ina* > *ia*), pela Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, o voto de Eros Grau foi tido como deliberativamente *fraco*.

Para o Ministro, o embrião seria parte do gênero humano por ser uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade seria garantida pela Constituição, que lhe asseguraria ainda o direito à vida. A autonomia do embrião manifestar-se-ia de maneira especial, na medida em que sua única opção seria nascer. Assim, o aborto configurava destruição da vida. Entretanto, Grau considerou não haver vida humana no óvulo fecundado fora de um útero, a que o artigo 5.° da Lei n. 11.105/05 chamara de embrião. Isso porque, nesses óvulos, a vida estancara – segundo afirmou, houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não foi desencadeado. Por isso não teria sentido cogitar, em relação a esses "embriões" do texto, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa (A_1).

Eros Grau examinou, ainda, que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos objeto da ação, concedida sob mínimas reservas, incompatibilizava-a com o bloco de constitucionalidade delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto decidia, no conjunto

[321] Interações argumentativas: com os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, às fls. 522. Interações não-argumentativas: com os Ministros Menezes Direito, às fls. 316, e Ricardo Lewandowski, às fls. 318.

de suas conclusões, em termos de atribuição de força normativa à Constituição. Por isso, necessitava a prolação de decisão aditiva visando a superar a incompletude do art. 5.º e parágrafos da Lei n.º 11.105/05 (A_2) – o que de fato foi feito na parte dispositiva de seu voto.

Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Pela improcedência dos pedidos formulados na ação, o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa não apresentou nenhuma interação – nem de natureza argumentativa, nem de natureza não-argumentativa. A inexistência de interações argumentativas (*ia = 0*), nos termos do que dispõe a Escala de Deliberatividade Intrainstitucional, permitiu a classificação do voto como sendo deliberativamente *fraco*. Barbosa considerou que a questão posta nos autos não ensejaria qualquer fixação pela Corte acerca do momento do início da vida. A discussão passaria, sim, por verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela Constituição Federal seria legítima.

Em síntese, os argumentos utilizados foram os seguintes: a norma impugnada seria constitucional porque sua finalidade fora regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, cujo objetivo seria a busca de tratamento e cura para inúmeras doenças tidas por incuráveis e das quais milhares de pessoas no Brasil sofriam (A_1); e porque, numa ponderação entre a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero e o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura, o legislador brasileiro teria dado primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados de tais pesquisas (A_2).

O terceiro argumento de Barbosa (A_3) foi no sentido de que o texto legal respeitava, ainda, três primados fundamentais da República Federativa do Brasil, inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I, da CRFB), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5.°, VI, CRFB); o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5.º, *caput*, CRFB) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5.º, IX, CRFB). Além disso, os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro* teriam a sua liberdade de escolha e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado, de modo que ninguém poderia obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias,

aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa (A_4).

Por fim, Joaquim Barbosa assinalou que a proibição *tout court* da pesquisa, naquele caso, seria fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele poderiam advir, bem como significaria dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolvera tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade (A_5).

Voto do Ministro Cezar Peluso

Cezar Peluso julgou improcedente o pedido formulado na ação ajuizada pela PGR. Entretanto, ao registrar que conferiria interpretação conforme à Constituição, suscitou discussão em Plenário sobre a possibilidade de aplicação da técnica e, inclusive, sobre a própria linha de raciocínio aparentemente estabelecida pela maioria. Houve, assim, embaraços por ocasião da definição da *ratio decidendi* do julgamento.[322] Não obstante, o voto do

[322] Em termos deliberativos, a discussão é didática aos fins deste trabalho. Cabe, por isso, transcrever aqui algumas passagens elucidativas: "*O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO*: Senhor Presidente, pela ordem, no julgamento da presente ação direta formou-se uma maioria absoluta; há seis votos que julgam improcedente a ação e dos quais resulta um julgamento meramente declaratório, porque rejeita a pretensão de inconstitucionalidade, deduzida pelo Senhor Procurador-Geral da República. Os seis votos proferidos não estabelecem qualquer tipo de restrição às pesquisas em torno das células-tronco embrionárias. *O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO* - Ministro, por que Vossa Excelência me está excluindo? Julguei a ação improcedente. *O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO*: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. É da técnica do Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial. *O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO* - Ministro, pura discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas. *O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO*: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, o que é rejeitada, expressamente, pelos seis (6) votos que compõem a maioria. Na realidade, Senhor Ministro CEZAR PELUSO, há seis votos que simplesmente rejeitam, sem quaisquer adições, sem quaisquer restrições, sem quaisquer condicionamentos, sem qualquer exortação, sem qualquer apelo as limitações às pesquisas científicas admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a minoria. O fato é que a utilização - plenamente legítima - da técnica da interpretação conforme pode levar, sim, ao exercício concreto das três possíveis funções propiciadas por essa técnica de decisão: (1) função de escolha entre várias soluções, (2) função de correção dos sentidos literais possíveis da regra legal e (3) função de revisão da lei. No caso, com a declaração de improcedência - e há seis votos que compõem a maioria absoluta declarando a improcedência da presente ação direta -, não há que se cogitar de exortação ou de apelo, ao legislador, de correção, de revisão do texto legal ora em exame. *O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO* - Por que Vossa Excelência não acha inerente ao sistema a necessidade de controle? *O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:* Os seis votos proferidos entendem que não há déficit de regulamentação na norma do art. 5.º do diploma legislativo em questão. O *SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO* - Vossa Excelência está achando que isso é questão de conveniência. Não é; trata-se de coisa própria do sistema. *O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO*: Entendemos que o art. 5.º da Lei de Biossegurança, em sua integralidade, está em plena conformidade com a Constituição, não precisando sofrer qualquer tipo de interpretação conforme, ou de interpretação corretiva, reducionista, expansiva ou aditiva. *O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO* - Ministro, Vossa Excelência gastou uma hora para falar isso, que a lei perante a Constituição não precisa de nada? Juntando todas as horas,

Ministro Peluso apresentou quatorze interações argumentativas e três não-argumentativas, sendo que a predominância das primeiras (*ia* > *ina*), conforme a EDI, ensejou a classificação do voto como sendo deliberativamente *forte*.[323]

O voto de Peluso sinalizou uma possível saída à asfixia deliberativa. O cruzamento caótico de argumentos poderia ser combatido com a criação de um tópico específico, na fundamentação, voltado à análise da juridicidade de hipóteses que buscam desconstruir a tese reputada como correta. Em sua manifestação, Peluso abriu um item denominado *Refutação dos argumentos impertinentes*, no qual, como sugere o título atribuído, buscou impugnar os argumentos que lhe pareciam menos consistentes. Ao evidenciar um determinado posicionamento, Peluso identificava seu interlocutor em rodapé. Por exemplo, às fls. 344 do documento publicado, no rodapé de número dois, subscreve: *Argumento da AGU, fls. 87*.

De acordo com o Ministro, a pergunta nevrálgica a que deveria a Corte responder seria sobre a possibilidade da tutela constitucional da vida se aplicar, na integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados. Nessa empreitada, o Ministro Peluso, em primeiro lugar, afirmou a insuficiência da analogia que intentava estabelecer entre os momentos da chamada morte encefálica e, *a contrario sensu*, do início da vida, pois naquele caso o fim da vida seria determinado menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado (A_1).

Em segundo lugar, afastou a circunstância ou a eventualidade de, para experimentos científicos de finalidades terapêuticas, as pesquisas com células-tronco adultas se prefigurarem mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias, pois os objetos teóricos de pesquisas não traçavam caminhos mutuamente excludentes (A_2). Depois, rechaçou o peso do que chamou *recursos hermenêuticos* tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas

---

tudo que falamos foi inútil? [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, Pleno, Brasília, DF, 28 de maio de 2008. pp. 507 e seguintes).

[323] Interações argumentativas: com o argumento comparatista entre pesquisa envolvendo células-tronco adultas e células-tronco embrionárias, às fls. 345; com o argumento sobre a extensão e analogia à proteção jurídica civilista aos direitos do nascituro, às fls. 348; e com os Ministros Ayres Britto, às fls. 356, 365, 351, 386 e 517; Eros Grau, às fls. 350; Joaquim Barbosa, às fls. 346; Menezes Direito, às fls. 360 e 361; Marco Aurélio e Gilmar Mendes, às fls. 174; Gilmar Mendes, às fls. 498, e Celso de Mello, às fls. 505 e 518. Interações não-argumentativas: com os Ministros Menezes Direito e Ayres Britto, às fls. 175, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, às fls. 505, e Gilmar Mendes, às fls. 506.

– para Peluso, não se poderia graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio possuíra pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina e, *a fortiori*, as células embrionárias. A razão seria simples: as normas penais não valoravam de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a *reprovabilidade* de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora (A_3).

Um quarto argumento apresentado, em muito ligado com o terceiro, seria a impossibilidade de invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às ideias de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica, pois inverteriam a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República (A_4). Também não se aplicaria a equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva – a caracterização do crime de aborto teria por pressuposto necessário a preexistência de vida intrauterina, isto é, de gravidez; a gestação, circunstância elementar do tipo penal, não estava presente no caso (A_5).

Sobre a presença de vida na reprodução artificial assistida, Peluso distinguiu, sob dois critérios, embriões congelados e adultos. Em ambos identificou o predicado da *humanidade*, mas somente nestes últimos discerniu a presença de *vida*. E se a vida objeto da larga e genérica tutela constitucional seria apenas a *vida da pessoa humana*, derivariam duas teóricas linhas de raciocínio, conducentes ambas ao reconhecimento de permissão constitucional para pesquisas com células-tronco embrionárias: a primeira, indicava que o embrião não seria, ou não seria ainda, *pessoa;* a outra concebia que no embrião, congelado ou inservível, não há *vida* atual. Para Peluso tais posições não eram contraditórias, pois bastava que fosse admitida a consistência lógico-jurídica de uma delas para ter-se por legítima a conclusão de constitucionalidade da norma impugnada (A_6).

O efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República exigiria *vida*, e vida de *pessoa humana*. Peluso afirmou que havia, já à época, relativo consenso científico de que a presença de *alguma estrutura de neurônios*, que exige transcurso de certo tempo no processo, seria requisito mínimo indispensável para induzir o *status* moral de uma pessoa. Por outro lado, o termo *potencialidade* assumiria conotação muito mais larga do que poderia semanticamente suportar, pois, como expressão de propriedade conceitual, implicaria a ideia de aptidão de tornar-se algo mais por si mesmo, sem intervenção ou assistência externa ou já de elevado grau de probabilidade de tornar-se algo mais. Mas, em seu entender, fertilizado em laboratório, o blastócito não teria nem uma coisa nem outra, assim porque

precisaria ser transplantado para útero de mulher para adquirir tal potência ou capacidade, como porque, não passando, segundo as estatísticas, de vinte a quarenta por cento suas chances de bom sucesso na implantação uterina, seria muito baixo o nível de probabilidade de transformação (A_7).

Dito de outro modo: não haveria vida no ser que não tivesse ou ainda não teria capacidade de mover-se por si mesmo, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. A isso chamou o Ministro *capacidade de movimento* a*utógeno*, o que não o teriam de fato – e sequer em expectativa – os embriões congelados. Assim, Peluso não verificou a fluência necessária para caracterização da vida como movimento autógeno, mas constatou que a origem da matéria-prima genética considerada seria sua concepção *in vitro*; e que, contudo, tampouco se daria a interrupção do curso da vida, porque, antes de este começar no ventre materno, lhe adveio a suspensão do processo pelo congelamento. Após o voto de Cezar Peluso, a Ministra Ellen Gracie pediu a palavra para confirmar o teor de seu voto proferido em 29-05-2008. Assim também o fez Ricardo Lewandowski, a título de esclarecimentos. Direito interviu e, então, trocou com Ellen Gracie explicações sobre partes de seu voto.

Voto do Ministro Marco Aurélio

Marco Aurélio acompanhou o voto do relator, Ayres Britto, proferido no sentido da improcedência do pedido formulado na petição inicial. Seu voto apresentou quatro interações argumentativas e também quatro não-argumentativas, tendo a equivalência entre elas (*ia* = *ina*), à luz da EDI, ensejado a classificação do voto num grau deliberativo *médio*.[324] Para o Ministro, um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação em um útero de uma mulher, ou nos termos da lei, um embrião inviável, que seria descartável, não poderia ser considerado pessoa humana (A_1). Além disso, haveria voz científica corrente no sentido de que as células-tronco não seriam substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurônios (A_2).

Disse, ainda, que os valores cotejados na ação não possuíam a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que teria como destino o lixo, fosse proibida a utilização para salvar vidas (A_3). Marco Aurélio finalizou, então, argumentando

[324] Interações argumentativas: com os Ministros Menezes Direito, às fls. 174, 175 e 405, e Ellen Gracie, às fls. 78. Interações não-argumentativas: com Direito, às fls. 405 e 523; Britto, às fls. 420; e Mendes, às fls. 460.

que no Brasil, pesquisa efetuada pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população, o qual, segundo ele, deveria ser sopesado naquele julgamento – e o índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias, desconsiderada a parcela dos que não opinaram, havia chegado a 95% (A_4).

Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, decano, concordou com a conclusão do relator do caso, Ministro Ayres Britto. Submetido à EDI, o voto mostrou-se deliberativamente *forte*: foram contabilizadas nove interações argumentativas contra cinco não-argumentativas.[325] Celso de Mello esclareceu que, apesar do entendimento diverso de alguns colegas, ainda assim pensava que o julgamento impunha, dentre outros temas, reflexão sobre a bioética do começo da vida. Assim, seis razões principais tiveram cômputo: primeiro, que a Corte deveria sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualificar-se-ia como uma República essencialmente laica e não-confessional (A_1).

Depois, segundo Mello, a atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, poderia, também, *a contrario sensu*, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, transgrediria o postulado que assegurava a inviolabilidade do direito à vida (A_2). Além disso, as células-tronco embrionárias seriam passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tivesse iniciado o processo de formação do sistema nervoso central. Nessa perspectiva, o art. 5.º da Lei de Biossegurança não ofenderia o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorreria antes do início da formação do sistema nervoso (A_3). Inexistira, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial (A_4).

Entendeu o Ministro, ainda, que a questão pertinente ao direito à vida admitiria a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a circunstância ocorrente na espécie de que se colocariam em relação de conflito, com esse

[325] Interações argumentativas: com Britto, às fls. 76, 432, 452 e 458; Menezes Direito, às fls. 449; Ellen Gracie, às fls. 450; com o argumento que não encontrara convenções internacionais das quais o Brasil fosse signatário que estabelecessem um conceito absoluto do direito à vida desde a concepção, às fls. 456; e Cezar Peluso, às fls. 514 e 518. Interações não-argumentativas: com todos os membros do colegiado, às fls. 422, por duas ocasiões, e com Menezes Direito, às fls. 75 e 457, nesta última por duas ocasiões.

mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis, cuja superação poderia ser conseguida com a liberação das pesquisas cientificas com células-tronco embrionárias (A_5). Ademais, Mello não teria encontrado na Convenção Americana de Direitos Humanos nenhuma espécie de acolhimento, indicação ou construção de um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção (A_6).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

Julgando improcedente o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, com ressalvas ao voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes declarou a constitucionalidade do art. 5.º da Lei de Biossegurança e apresentou um voto de grau deliberativo *médio* na Escala de Deliberatividade Intrainstitucional – das seis interações mapeadas, três foram classificadas como argumentativas e três como não-argumentativas (*ia = ina*).[326] Mendes entendeu que, naquele caso, para decidir sobre a constitucionalidade da utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, a Corte não precisaria adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica – a questão estaria menos em saber quando, como e de que forma a vida humana teria início ou fim, e mais em como o Estado deveria atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não poderia prever.

O Ministro, portanto, desenvolveu seu raciocínio buscando saber se a Lei n.° 11.105/05 regulara as pesquisas científicas com células tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ética e juridicamente complexo, envolvendo diretamente a própria identidade humana. Sua análise foi baseada em parâmetros de proporcionalidade. Apesar de perceber que a lei teria sido cuidadosa na regulamentação de alguns pontos, Mendes se disse perplexo pela existência de apenas um artigo tratando de todo o assunto. Assim, havia indícios de violação do princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso, mas como proibição de proteção deficiente (A_1).

Numa análise comparatista em relação a outros países, a impressão inicial do Ministro, segundo ele, se confirmara. A lei brasileira seria mesmo deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, dissuadia do princípio da proporcionalidade

[326] Interações argumentativas: com os Ministros Cezar Peluso, às fls. 396; Ayres Britto, Menezes Direito e Cezar Peluso, às fls. 459; e Celso de Mello e Peluso, às fls. 521. Interações não-argumentativas: com Ayres Britto, às fls. 463, e Cezar Peluso, às fls. 505 e 521.

como proibição de proteção insuficiente. Por exemplo: a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelecia, de forma expressa, uma *cláusula de subsidiariedade*, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins (A_2).

Mendes considerou, todavia, que a declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total poderia causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência – não seria, então, o caso de declaração total de inconstitucionalidade, mas de preservação do texto do dispositivo, desde que fosse interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implicasse numa típica sentença de perfil aditivo (A_3). O Ministro concluiu, ao fim, que o art. 5.º da Lei de Biossegurança deveria ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, se condicionasse à prévia aprovação e autorização por Comitê (órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

III.6.4 Aplicação da Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI)

M_1

No M_1, foram apuradas 50 interações argumentativas e 32 interações não-argumentativas.

Ficha quantitativa de interações por voto segundo a sua categoria

Ministro / Evento	Ayres Britto	Ellen Gracie	Menezes Direito	Cármen Lúcia	Ricardo Lewandowski	Eros Grau	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Marco Aurélio	Celso de Mello	Gilmar Mendes
Interação argumentativa	Relator	3	13	2	3	1	0	14	3	9	3
Interação não-argumentativa	Relator	5	7	2	1	2	0	3	4	3	3

M_2

No M_2, a partir do critério da predominância de interações de determinada natureza, os votos foram classificados em graus deliberativos – *fraco*, *médio* e *forte*.

Ficha de classificação de votos segundo seu grau deliberativo

Ayres Britto	Ellen Gracie	Menezes Direito	Cármen Lúcia	Ricardo Lewandowski	Eros Grau	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Marco Aurélio	Celso de Mello	Gilmar Mendes
-	Fraco	Forte	Médio	Forte	Fraco	Fraco	Forte	Fraco	Forte	Médio

M_3

No M_3, a regra é a aplicação do critério da predominância do grau dos votos. Neste caso, porém, verificou-se que os votos fortes e fracos estavam em equivalência. Isso foi entendido como equilíbrio e, portanto, utilizando um critério ponderativo até mesmo à luz da categoria dos dois votos remanescentes, o grau deliberativo da sessão de julgamento da ADI 3.510 foi considerado *médio*.

Ficha de classificação da sessão de julgamento segundo o grau predominante

Votos com forte grau deliberativo	Votos com médio grau deliberativo	Votos com fraco grau deliberativo	Predominância	Classificação da sessão segundo o critério ponderativo
4	2	4	-	Médio

IV

"É COMO VOTO, PRESIDENTE": RESULTADOS A PARTIR DOS DADOS COLHIDOS

"Em outras palavras, se alguém quiser verificar se uma corte constitucional está cumprindo com suas obrigações deliberativas, deve inspecionar a interação escrita e face-a-face entre interlocutores e juízes, depois a interação entre os próprios juízes e, finalmente, a decisão por escrito entregue pelo tribunal."
Conrado Hübner Mendes[327]

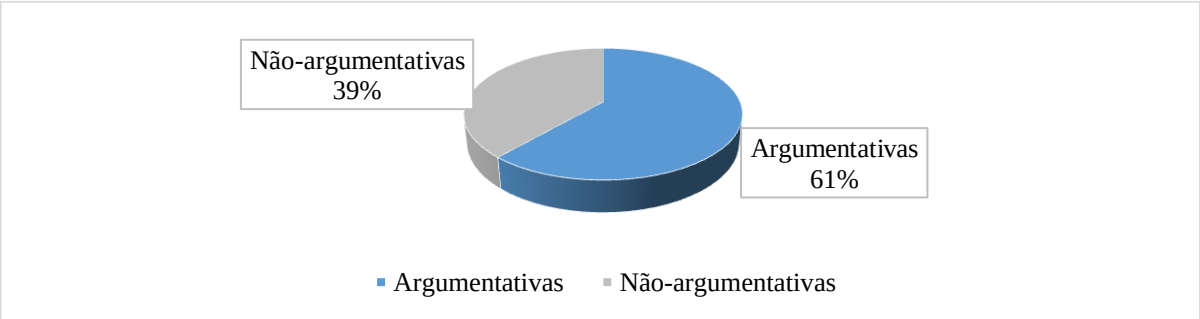
Seis acórdãos, mil seiscentas e cinquenta e duas páginas. O trajeto de verificação do cumprimento das obrigações deliberativas do Supremo Tribunal Federal, incluindo o desenho de um modelo analítico específico, agora chega ao fim. Os resultados obtidos a partir da aplicação da EDI a casos selecionados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal na última década serão detalhados e discutidos em duas partes. Primeiro, nesta subseção, verificaremos em que grau a tarefa deliberativa interna da fase decisional – engajamento colegiado entre os Ministros – foi cumprida. Depois, no próximo capítulo, será analisado como o modelo decisório do Supremo influencia na decisão final escrita – tarefa deliberativa própria da fase

[327] "In other words, if someone wants to check whether a constitutional court is fulfilling its deliberative duties, she should inspect the written and face-to-face interaction among interlocutors and judges, then the interplay between judges themselves, and finally the written decision delivered by the court" (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 107).

pós-decisional – e no desempenho da função contemporânea atribuída às Cortes Supremas.[328] Ao final, seguirão as conclusões da dissertação.

Na sessão de julgamento (*fase decisional*), a pesquisa buscou apurar a existência de interações argumentativas e não-argumentativas entre os Ministros e seu grau. Em sentido amplo, foram anotadas 405 interações, das quais 249 (61,48%) identificaram-se como argumentativas e 156 (38,51%) como não-argumentativas. Esses números incluem *todas* as interações, ou seja, consideram tanto *(i)* as interações com menção expressa a algum membro do colegiado como *(ii)* as interações sem indicação expressa de relação com algum Ministro (interações com determinado argumento específico levantado por um membro, mas sem referi-lo nominalmente, por exemplo) e as *(iii)* interações gerais, como por exemplo as que mencionam genericamente todo o Plenário.

Figura 3: Interações apuradas segundo a natureza



Na ADI 4.983, cujo tema fora maus tratos e crueldade na prática da vaquejada, verificou-se 63 interações argumentativas e 34 interações não-argumentativas. Na ADI 4.815, que discutiu a necessidade de consentimento prévio para publicação de biografias não autorizadas, o número de interações argumentativas foi de 33; o de não-argumentativas, 21. Na ADI 4.543, que teve como objeto a reinstituição do voto impresso ao sistema político eleitoral, foram computadas 11 interações argumentativas e 7 não-argumentativas. Na ADPF 186, em que o assunto fora a igualdade racial através da política de cotas, houve 22 interações argumentativas e 27 interações não-argumentativas. A ADPF 54, que reconheceu a

[328] Há dois trabalhos publicados no Brasil que investigam, especificamente, a *interação escrita e face-a-face entre interlocutores e juízes*, para utilizar a expressão de Mendes, ou influxos na deliberação externa, segundo o dizer de Ferejohn e Pasquino, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O leitor encontrará um estudo que investiga se a abertura da Corte à participação popular por meio de audiências públicas e de *amici curiae* de fato leva em conta as informações e os argumentos apresentados por cidadão e instituições chamados e aceitos a participarem da ação sob julgamento em GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. pp. 193 e seguintes. Para uma análise empírica sobre a efetiva influência das audiências públicas no processo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, busque por SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2017. pp. 236-273.

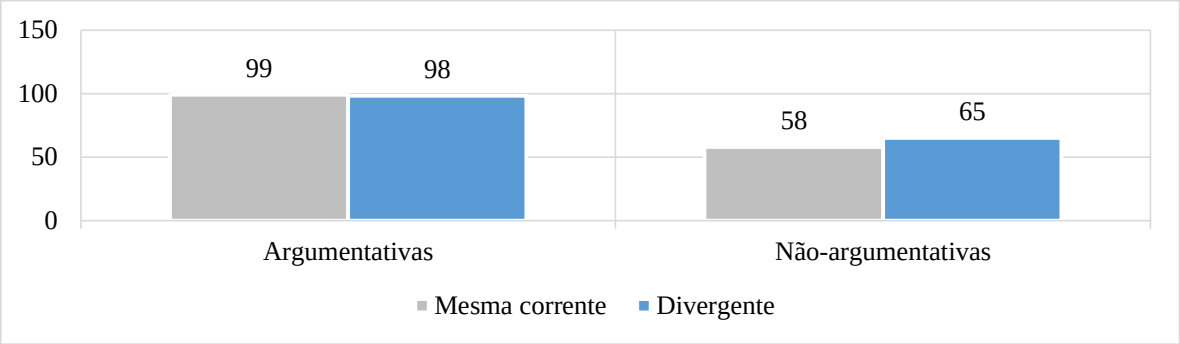
constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, contabilizou 69 interações argumentativas e 36 interações não-argumentativas. Por fim, na ADI 3.510, que tratou da possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias, o número de interações argumentativas foi 50; de interações não-argumentativas, 32.

Tabela 5: Classificação geral por Ministro

Ministra/Ministro	**Interações argumentativas**	**Interações não-argumentativas**	**Votos com grau deliberativo forte**	**Votos com grau deliberativo médio**	**Votos com grau deliberativo fraco**
Ayres Britto	14	6	2	-	-
Cármen Lúcia	13	15	1	2	1
Celso de Mello	17	7	3	-	-
Cezar Peluso	30	5	3	-	-
Dias Toffoli	9	4	1	1	-
Edson Fachin	2	2	-	1	-
Ellen Gracie	3	5	-	-	1
Eros Grau	1	2	-	-	1
Gilmar Mendes	39	26	5	1	-
Joaquim Barbosa	1	1	-	1	2
Luiz Fux	28	34	2	1	2
Marco Aurélio	11	8	1	1	1
Menezes Direito	13	7	1	-	-
Ricardo Lewandowski	26	12	4	1	-
Roberto Barroso	28	8	3	-	-
Rosa Weber	13	13	1	2	2
Teori Zavascki	4	3	1	1	-

Com base nisso, seria possível dizer que, em geral, a Corte interagiu mais *com* intenção persuasiva ou esforço argumentativo visando convencer o interlocutor e/ou grupo à formação de determinado posicionamento do que *sem* intenção persuasiva específica. Mas no que isso de fato implica? Essa primeira informação, por si só, nos diria muito pouco sobre a Corte. Na verdade, seria muito arriscado apenas tomar os dados estatísticos frios e reproduzi-los sem uma leitura em profundidade, sem o escrutínio de uma visão crítica desapaixonada. Foi necessário investigar, então, se havia e qual seria a relação entre a categoria das interações de um Ministro e a conclusão do voto proferido. Consideradas apenas as interações com identificação expressa do interlocutor (alínea *i*, acima) o número total apurado foi de 320. Das 197 interações argumentativas, 99 foram com Ministros que haviam votado no mesmo sentido do deliberador e 98 com Ministros que haviam votado de forma divergente. Já quanto às não-argumentativas, em 123 interações, 58 foram com Ministros da mesma corrente de opinião e 65 com Ministros de corrente divergente.

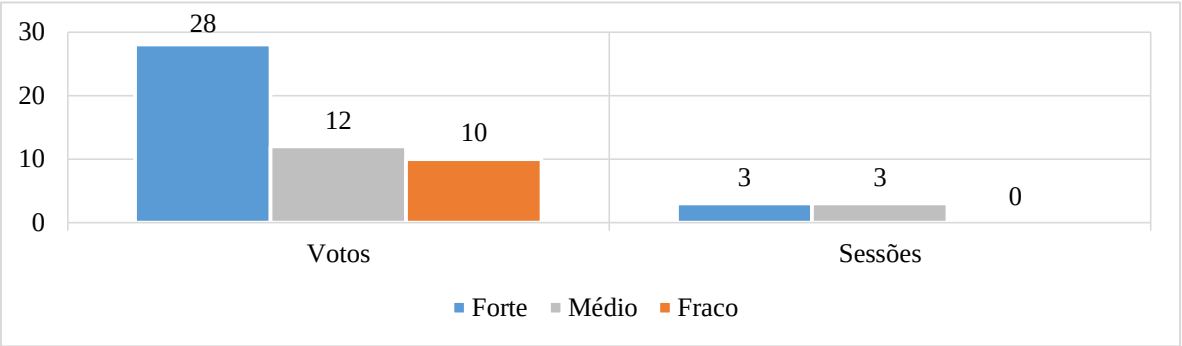
Figura 4: Relação entre as interações e a forma como votam os deliberadores



Essas estatísticas apontam que há uma pré-disposição entre os membros do colegiado no Supremo Tribunal Federal a interagirem com argumentos de membros que aderiram à mesma linha de raciocínio. A evidência aparece também na análise das interações não-argumentativas: a comunicação sem intenção persuasiva ocorre mais frequentemente com membros que adotaram posicionamento contrário. Aqui, em larga escala, estão presentes as *vênias* e as *ressalvas quanto a entendimentos contrários*. O maior contato argumentativo apenas com pessoas que pensam da mesma forma pode ser entendido tanto como adoção de uma posição advocatícia por parte dos Ministros quanto como uma impermeabilidade prévia, uma indisposição *a priori* em deixar-se influenciar pelo argumento contrário – ou mesmo desconstruí-lo.

Os números são próximos, o que não indica grandes variações; por isso, as afirmações têm de ser cautelosas – daí por que se diz haver uma *tendência*; ou que *evidências* apontam neste ou naquele sentido. Assim, é preciso que se aprofunde um pouco mais na reflexão sobre o contexto das interações no Supremo Tribunal Federal. Em nosso universo de análise, o Ministro que mais interagiu argumentativamente foi Gilmar Mendes; os que menos interagiram argumentativamente foram Joaquim Barbosa e Eros Grau. De outro lado, o Ministro com mais interações não-argumentativas foi Luiz Fux; o Ministro com menos interações não-argumentativas, Joaquim Barbosa. Num total de cinquenta votos, 28 foram considerados fortes, 12 foram classificados como médios e, como fracos, 10. Dentre as 6 sessões de julgamento, 3 foram consideradas com grau deliberativo forte, 3 com grau deliberativo médio e nenhuma foi concebida com grau deliberativo fraco.

Figura 5: Classificações dos votos e das sessões segundo o grau deliberativo



Confrontadas com todos esses dados, nem a hipóteses H_1 nem a hipótese H_2 confirmaram-se. Há, para o universo de análise testado, um meio-termo entre elas que pode indicar uma série de fatores. Primeiro: não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal é totalmente antideliberativo. Entretanto, o inverso também não procede – a sessão de julgamento na Corte não alcança níveis altos de interação argumentativa. Muito disso está relacionado à *postura advocatícia* adotada pelos Ministros – os dados apontam para a existência de uma *interação argumentativa seletiva* no processo decisório, em que há maior diálogo entre afins, isto é, entre membros que pensam da mesma maneira. Sem dúvidas, uma postura assim, adversarial, constitui um grande entrave para a deliberação genuína.[329]

Sobre a deliberação genuína, como notou Shapiro, não se trata de demonstrar *quem tem o melhor argumento* ou *quem é mais convincente*. Essa competição pela melhor justificativa, contrária a empreendimentos deliberativos, que por sua vez têm substância cooperativa, liga-se à ideia de *ganhar*. *Vencer*. Tal intenção deve estar presente nas partes e nos advogados – e é natural que esteja, pois são treinados para isso –, mas este não é o escopo da deliberação judicial. A sua essência é outra: é sobre *obter a resposta correta*.[330]

---

[329] Nygaard dirá que talvez parte desse problema seja de fato nossa esperança secreta de ser algum dia reconhecido por ter optado pelo lado correto e feito oposição ao lado errado; ou por ter sido o autor de uma citação famosa, sempre lembrada, ou mesmo talvez por ter sido uma dissidência famosa e respeitada, como o foram Benjamin R. Curtis e John Marshall Harlan. Isso faria com que cada um de nós nos esforçássemos na tentativa de tornar nossa própria opinião uma criação literária; e embora possamos criá-la, o grande problema é que o que produzimos não é literatura: "I suppose a part of the problem is that each of us secretly hopes to someday be accorded the recognition of having held the correct position in the face of opposition; or to have been the author of a famous, oftquoted opinion; or perhaps even to have been the Benjamin R. Curtis or the John Marshall Harlan of a famous dissent vindicated by a later, and obviously more enlightened, court. [...] I am afraid this is too much for most of us to resist. So each of us is tempted to make each opinion our own literary creation. The problem is that few among us are really literary creators; and what we produce is not literature" (NYGAARD, Richard Lowell. The maligned per curiam: a fresh look at an old colleague, *The Scribes Journal of Legal Writing*, v. 5, w. 41, 1994-1995. p. 42).

[330] "Even in appellate courts, the authors of different court opinions do not engage in deliberative exchange with they readers. Often they do not even engage in deliberative exchange with the authors of other opinions in the same case. Rather they try to show that they have the most cogently reasoned view, the best argument. This is a competitive justificatory enterprise, not a cooperative one. Argument is about winning, which is what lawyers

As interações argumentativas, sem embargo do problema de extração da *ratio* do julgado, apesar de permitirem afirmar que o Supremo possui desempenho deliberativo entre *médio* e *forte*, descortinam um problema ainda mais sério do ponto de vista democrático: se, em sua maioria, as interações, quando argumentativas, deram-se em diálogo com os votos que compunham a corrente à qual o votante filiava-se, os votos divergentes ou os argumentos contrários pouco foram enfrentados. O fato de os dados apontarem uma leve diferença entre as categorias enseja uma leitura substancial dessa estatística. A análise em profundidade revela que a interação argumentativa dá-se com o bloco com o qual se consente. Não há contra-argumentação com a divergência, que apenas diverge e é ou não seguida, sem antes ser contestada ou dissuadida em termos *argumentativos*. Não há avaliação do peso do argumento. Isso permitiria afirmar o seguinte: *há evidências* de que o ônus argumentativo, no Supremo Tribunal Federal, não cumpre-se em relação à minoria, mas, sim, construtiva e positivamente apenas em favor da posição à qual se adere, comunga ou concorda.

Outro aspecto relevante é o excesso de individualismo verificado na Corte, cuja faceta mais aparente pode ser verificada nos votos – cada Ministro considera-se individualmente, desde o momento em que imagina quais são as controvérsias que o caso demanda resolver até a conclusão de seu raciocínio. A dispersão de argumentos projeta efeitos claramente disfuncionais na fase pós-decisional – não há uma *ratio decidendi* compartilhada por todos, até porque, na maioria dos casos, nenhum deles se manifesta sobre todos os pontos colocados, por exemplo, pelo Ministro relator. Inclusive em decisões tidas como *unânimes*. É frequente a verificação de argumentos solitários, estéreis dialogicamente e encontrados apenas num único voto: o de seu emissor. O resultado, então, torna-se puramente agregativo, isto é, constitui-se na soma dos votos tomados individualmente. Não há uma opinião *do Supremo*, mas a de tais e quais Ministros. E, como se sabe, a simples agregação de preferências não é uma qualidade deliberativa. Uma corte constitucional – ou Suprema, na expressão de Marinoni – não pode ser feita de votos, mas de argumentos.

Embora o universo de análise não seja extenso a ponto de se poder generalizar os resultados, é possível verificar alguns resultados assimétricos paralelos. Determinados casos evidenciaram pontos de vista distintos. Outros, uma grande convergência. Os casos unânimes tendem a possuir a *ratio* do voto do relator, que é acompanhado pelos demais Ministros sem grandes incursões argumentativas. Mas em casos de maior vulto, sucedem, no decorrer do julgamento, vários argumentos que não confrontam-se entre si. No entanto, a ementa do

---

are trained to do. Deliberation is about getting the right answer" (SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation? *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, 2002. p. 197).

acórdão costuma retratar apenas o voto do relator, cujas razões podem ou não ser compartilhadas pela Corte. O primeiro e principal problema que daí decorre espraia seus efeitos negativos para todo o direito, em especial o processual civil – havendo precedentes com vinculatividade determinada em lei, e sendo sua reprodução desforme, acrítica e passiva, o espectro do julgamento se desgasta a cada uso indevido e o que se tem, no fim, é a própria aplicação indevida do caso em outras hipóteses não necessariamente similares. Com isso, desnatura-se o precedente e a jurisprudência constitucional torna-se obtusa.

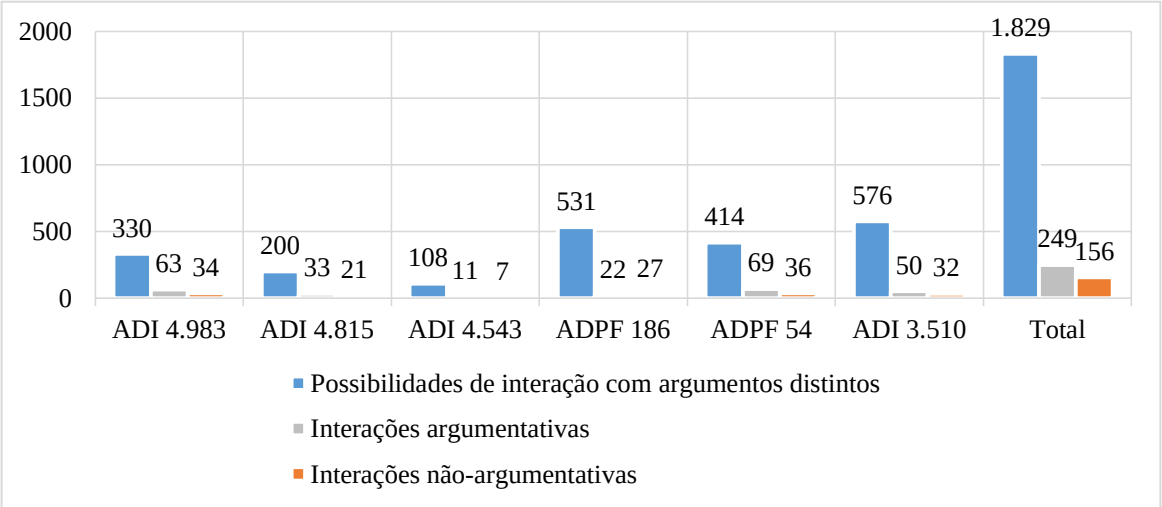
Além disso, há uma prática corrente em casos de expressão, principalmente os que repercutem muito na mídia: a elaboração prévia de voto escrito. Este é, sem dúvidas, o fator mais prejudicial às intenções deliberativas. Reverbera num ideário geral a frágil ideia de que comparecer à sessão com inúmeras laudas preenchidas de tinta significa preparação, conhecimento, sabedoria. Não. Em primeiro lugar, como observou Elster, um lugar onde as pessoas não têm que temer que a admissão de ignorância sobre um assunto qualquer seja tomada como sinal de ignorância geral, a deliberação é mais provável de ocorrer.[331] Depois, não há um ponto comum a partir do qual possam partir as linhas de raciocínio dos Ministros. Isso acarreta o que poderia ser chamado de *profusão argumentativa desordenada*, fato que empobrece o debate pela óbvia maximização quantitativa de objetos, de modo que os contrapontos que são levantados pelos próprios Ministros no decorrer do julgamento acabam não sendo levados em consideração. Assim, os votos não se limitam à aceitação ou à rejeição fundamentada da decisão do relator – incluem novos argumentos e razões a cada manifestação tomada que, ao final, não são analisados em profundidade pelo colegiado.

Tomemos a ADI 4.815 como exemplo. O julgamento foi proferido à unanimidade. Ao anteciparem seus votos, poucos Ministros se alongaram, o que deu à sessão um tom menos litúrgico e mais oral. Entretanto, apenas a declaração oral do voto não obstou a juntada, para acórdão, dos votos escritos. Num julgamento como esse, unânime, em que votos escritos foram depois proferidos, não parece razoável delegar ao relator um ônus que seria necessário para a elaboração da ementa: o da leitura dos votos escritos, extração de suas *rationes* e decisão sobre o que comporá ou não a opinião final. Aliás, dada a escassez de tempo da Corte, é pouco crível que o relator se detenha a ler todos os votos escritos juntados *a posteriori* a fim de identificar e comparar as respectivas *rationes*. Um simples levantamento quantitativo dos argumentos lançados na sessão, multiplicado pelo número de votantes, excluído o relator,

[331] "In more analytically oriented societies, where people do not have to fear that admission of ignorance on one issue will be taken as a sign of general ignorance, deliberation is more likely to occur" (ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed.). Deliberative democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 13).

permite que tenhamos noção de quantas interações seriam necessárias para dialogar com todos os fundamentos arguidos, ou, quando menos, quantas possibilidades de interação, argumentativas ou não, poderiam ter sido levadas a efeito na busca pela melhor resposta. O dado mostra, a um só tempo, que é tanto impossível enfrentar todos os argumentos dispersos quanto contraproducente quando se pensa na formação de precedentes claros e objetivos, como preconiza o Código de Processo Civil.

Figura 6: Relação quantitativa entre possibilidade de argumentos e interações



O resultado não poderia ser outro: a interação com argumentos contrários não se dá num tom de construção conjunta da melhor resposta. Acontece apenas de forma retórica, o que nos remete a uma noção geral de *enfrentamento injusto* – quando, normalmente antecedido de vênias e escusas, um argumento é desconsiderado sem ter sido desconstruído. Além disso, pela quantidade de argumentos dispersos que os Ministros trazem – e isso pode ser verificado no detalhamento dos próprios votos, em que os argumentos foram numerados –, o número de interações é baixo; aquelas de natureza argumentativa relacionadas a entendimentos contrários, então, escassas. É possível afirmar, portanto, com base nos dados colhidos, que, sim, os Ministros interagem entre si, inclusive argumentativamente; mas não há uma suficiência nesse número que permita afirmar a presença de uma persuasão mútua eficaz.

A deliberação, para que aconteça, deve colocar em patamares de igualdade os pontos de partida do debate. Significa dizer que a ocorrência de um debate em termos lógicos, racionais, pressupõe que todos tratem do mesmo assunto. Logo, há um consenso mínimo que precede a busca por um consenso maior: a de que os deliberadores partilham, como premissa, o mesmo ponto de partida – *sobre o que estamos decidindo?* Isso evidencia a necessidade de

uma espécie de *saneamento deliberativo*, elaborado pelo relator em conjunto com os demais Ministros, a cujos termos todos se vinculariam.

O fator tempo também pode ser visto como prejudicial à deliberação: o número de casos que o Supremo Tribunal Federal tem de julgar todos os anos é exorbitante. O processo deliberativo se vê minado diante desse fator, pois a escassez de tempo não favorece o estabelecimento de uma prática argumentativa na Corte. Apesar disso, foi possível perceber que, quando os votos são antecipados, e não escritos, ou mesmo quando são proferidos predominantemente pela via oral, há maior interação/interreferência entre os ministros. Assim, há evidências de que o fomento à oralidade seria um elemento prestigioso à empreitada deliberativa que se tem em vista.

Ainda sobre o tempo: o esforço tecnocrático construído em torno da *celeridade* e da *economia processual* denota nosso despreparo, seja para entender, seja para manusear, as ferramentas do nosso sistema jurídico. Celeridade não significa rapidez a qualquer custo. Hoje, o anseio de produção fordista de respostas não se coaduna com a orientação constitucional, fato que poderia, talvez, ser chamado de *ironia do paradoxo* – quando há uma conduta bem-intencionada, voltada à proteção da Constituição, mas que, inadvertida e paradoxalmente, acaba a violando de modo frontal.

Estendendo um pouco mais o campo de reflexão, talvez o problema da profusa desordem na aplicação de precedentes oriundos dos Tribunais no Brasil esteja numa dificuldade inerente: a ancestralidade individual do processo decisório, ainda que colegiado. A tomada de decisão unipessoal precisa ser distinguida da tomada de decisão em conjunto. Por não se tratar de contextos similares, como tal devem ser encarados, assim como se concebe que a tutela de direitos individuais encontra normativa diferente da tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

O que ocorre é que o mesmo modelo de julgamento unipessoal é expandido para o colegiado; há um mesmo padrão para circunstâncias distintas. No julgamento unipessoal, o trato argumentativo do juiz é praticamente com a inicial e respostas do réu. Não se pode afirmar que isto é incorreto, pois o contexto leva inclusive à conclusão contrária – a de que este é um modelo adequado para decisões monocráticas. A situação torna-se problemática quando há outra forma de julgamento que não a unipessoal. Em julgamentos colegiados, a adoção da mesma lógica é incompatível primeiro por uma razão óbvia: a racionalidade singular é diferente da racionalidade coletiva, principalmente no âmbito do direito e mais especialmente em uma corte constitucional.

Além disso, antes de sê-la, a decisão de uma corte ou tribunal é texto. E, como tal, guarda todas as características de ambiguidade, vagueza e indeterminação prenunciadas no giro linguístico. As argumentações difusas – ou *rationes* individuais – verificadas no universo de análise contribuem para a má-interpretação desses textos, causando, presumida a boa-fé, sua aplicação de formas distintas, por vezes até antagônicas, pela comunidade jurídica.

Demais, o ato de proferir voto e deixar a sessão de julgamento, mais que um óbice deliberativo, desrespeita o signo *colegiado* que se atribui à Corte. Claro, à exceção de situações excepcionais, às quais todos sujeitam-se, denota que o agente não esteve ali para influenciar ou ser influenciado, mas apenas para cumprir um protocolo de reunião e dispensar a fração que lhe cabia. O esforço de construir conjuntamente uma solução juridicamente adequada por meio de uma sessão deliberativa repele esse tipo de prática, que, em verdade, é traço do excesso de individualismo já anotado.[332]

Especificamente sobre a deliberação interna na sessão de julgamento, eram esses os resultados a serem discutidos a partir dos dados colhidos. Assim, o próximo capítulo tratará dos influxos da fase decisional na elaboração da decisão final escrita, com atenção especial à interrelação entre processo decisório, prática deliberativa e o precedente judicial.

[332] Autocrítica ao modelo de análise: nem todas as interações argumentativas, por maior que tenha sido o esforço persuasivo, desconstroem de forma efetiva o posicionamento contrário. Talvez seja interessante, não para esta versão, mas para seu posterior refinamento, tentar aferir o grau de lógica e acurácia racional de uma interação argumentativa, num contexto muito mais detalhado, complexo e profundo do que uma análise que classifica em naturezas. O que se está dizendo é que, para além da natureza de uma intervenção comunicativa, para próximos empreendimentos, talvez seja possível não apenas rotular, mas aferir a própria qualidade, em bases lógicas, de um argumento ou contra-argumento.

QUARTA PARTE

Processo decisório, prática deliberativa e o precedente: causa e efeito?

Juízes e cortes gozam de legitimidade democrática para revisar a legislação. Eles possuem uma qualidade distintiva que os outorga o exercício desse poder, poderia-se pensar. Então vieram as críticas e mostraram que o modelo deliberativo pode ser apenas um verniz. Os tribunais nada deliberam e adotam um modelo quantitativo puro, poderia-se inferir. Então houve um estudo em profundidade da prática decisória de um tribunal e indicou que não há um padrão *prêt-à-porter*, um modelo *one size fits all* capaz de cumprir todas as suas promessas, no melhor modelo fordista, numa série de ambientes indeterminados, ficando evidenciado que a relação entre processo decisório e deliberação não é nada trivial, isto é, a ocorrência da prática deliberativa não é automática a partir apenas da adoção de um certo modelo.

Para que o desempenho deliberativo de uma corte seja bem-sucedido é essencial não só se despir do modelo agregativo – cada membro do colegiado deve, sim, agir com a sua própria responsabilidade, respeitando o ritmo do grupo, mas principalmente deve orientar sua postura como integrante de um órgão coletivo, assumindo tanto a intenção de contribuir para o desempenho da instituição como a sua responsabilidade coletiva pelo resultado final. Esta noção é condicional para o desenvolvimento do direito e passa, como a partir de agora veremos, pela compreensão da função contemporânea das Cortes Supremas. A realização adequada dessa competência funcional projeta efeitos diretos num campo específico: o dos precedentes. Este capítulo buscará entender essa relação e os caminhos e desafios que ela impõe.

I

A FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS CORTES SUPREMAS E A TUTELA DOS DIREITOS

Uma certa ortodoxia convencional chegou a considerar que as Cortes Supremas deveriam corrigir a interpretação da lei. Por meio da cassação ou da revisão, uma decisão que foge ao sentido unívoco do texto deveria ser submetida a seu crivo para controle e alinhamento.[333] Havia uma crença na existência de uma interpretação exata da norma – o sentido estaria nela própria, cabendo ao intérprete apenas descobri-lo e declará-lo. Essa ideia, que já foi reinante no mundo jurídico, hoje é considerada ultrapassada.[334] Para compreender tanto o porquê de se distinguir texto e norma e, via de consequência, qual a função das Cortes Supremas nesse contexto, parece adequada uma breve explicação sobre esse aspecto. Com a ajuda da literatura, o caminho pode ser menos árduo.

Em *O Estrangeiro*, Albert Camus oferece ao leitor uma singular espécie de escrita transparente, neutra e, ao mesmo tempo, tão distante das coisas que descreve quanto a personagem que habita suas páginas. Mersault, funcionário de um escritório na cidade de Argel, é dono de uma consciência esvaziada, estranha (ou *estrangeira*) a tudo, que recusa a estabelecer nexos que qualquer um de nós normalmente poderia atribuir a determinados fatos. O anti-herói argelino, banal em sua existência nua, assiste indiferente ao enterro da mãe, para em seguida enamorar-se de uma ex-colega de trabalho e se deixar envolver numa trama de vingança amorosa que lhe é completamente alheia, mas cujos acasos o levarão a cometer um assassinato.[335]

O sentimento existencialista do narrador-personagem, maximizado por sua solidão, dúvidas e o quase surrealismo de seus conflitos, leva-o a matar um árabe por impulso – "por causa do sol" – e, ao subir ao cadafalso, afirmar com inquietante tranquilidade que "fora feliz e que o era ainda". As ações de Mersault, homicida sem qualquer premeditação ou colapso de consciência, contrapõem-se à descrição comum das coisas, e sua singular interpretação de mundo rejeita a lógica determinante e as explicações ordinárias dadas pela sociedade. Ele não

---

[333] Em Marinoni e Mitidiero, a expressão Corte Suprema designa o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2017. pp. 357-394; _____. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a; _____. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 873-920; MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[334] O ideário liberal-racionalista que floresceu no iluminismo francês do século XVIII acreditou que poderia prescrever normas jurídicas de significado unívoco, de modo a consolidar um direito hermético, abstrato e bastante em si. À tentativa de anteceder respostas a casos não dados escapou tanto o caráter criativo inerente à interpretação jurídica como a vagueza, a ambiguidade e a indeterminação da linguagem.

[335] PINTO, Manuel da Costa. O estrangeiro, tragédia solar. In: CAMUS, Albert. *L'Étranger*. Paris: Éditions Gallimard, 1942. Tradução Valerie Rumjanek. *O estrangeiro*. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: BestBolso, 2015. pp. 5-9.

partilha de muitas das concepções intersubjetivas regulares e isso por vezes incomoda, causando no leitor uma dissonância interna.[336]

O fato de Mersault não tirar de premissas comuns as mesmas conclusões que a maioria tiraria, disputando significados tidos como únicos sobre as coisas, faz do romance de Camus um convite para mostrar o caráter criativo presente em toda interpretação. Como o direito inevitavelmente lida com a linguagem, a estória do argelino Mersault pode, sem maiores esforços, ser redesenhada com contornos jurídicos. Na verdade, a linguagem é o pressuposto epistemológico fundamental para a compreensão das coisas, razão por que não há como negar a sua relação – e, consequentemente, também os seus problemas – quanto ao trabalho dos juristas. Assim, discussão relevante para o direito esteve no exame do grau de vinculação e determinação das palavras quando confrontadas, na prática, por casos concretos.

Inevitavelmente, isso encontra-se imbricado na ideia de compreensão de algo. Para aplicar um texto, o intérprete deve compreendê-lo. E é aqui onde reside a questão fundamental. Se o modo de realização da compreensão possui três momentos incindíveis – compreensão, interpretação e aplicação –, a interpretação não pode ser ato posterior à compreensão. Dito de outro modo: não há primeiro que se compreender para depois interpretar – "compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão."[337]

Surgido na segunda metade do século XVIII, o movimento codificador significou a assunção da lei escrita como *standard* de um todo abstrato-sistemático. Seus dogmas constitutivos apresentaram-se de forma bastante clara: completude, clareza e coerência. Esses foram os objetivos estabelecidos pelos atores jurídicos na construção de um corpo normativo hermético, sem quaisquer espécies de lacunas, antinomias ou ambiguidades. Bem nutrida a concepção de Estado Legislativo, o papel do juiz como aplicador do direito foi reduzido ao mínimo possível. Tratava-se apenas de observar a doutrina da separação dos poderes – a criação do direito era tarefa exclusiva do Poder Legislativo. Enquanto representante do Poder Judiciário e a quem cumpria aplicar a lei, o intérprete, no exercício de sua função, deveria estar desvinculado de qualquer tipo de manifestação de vontade.[338]

---

[336] PINTO, Manuel da Costa. O estrangeiro, tragédia solar. In: CAMUS, Albert. *L'Étranger*. Paris: Éditions Gallimard, 1942. Tradução Valerie Rumjanek. *O estrangeiro*. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: BestBolso, 2015. pp. 5-9.

[337] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 459.

[338] PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique:* nouvelle rhetórique. – Paris: Éditions Dalloz, 1979. Tradução Vergínia K. Pupi. *Lógica jurídica*: nova retórica. – 2.ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. pp. 20-23.

De acordo com essa visão, presente em certas correntes do pensamento, seria possível matematizar o ordenamento jurídico. Assim, a função de um juiz ou tribunal, quando muito, subsumiria a descobrir e declarar a norma objetivamente ou, por vezes, o significado incrustado no texto da lei.[339] A noção de Corte Suprema que se tinha anteriormente, portanto, estava ligada a um exercício que não exigiria muito esforço: bastava ao intérprete, apenas, da lei retirar o que ela já continha; ou seja, só o que precisaria ser feito era extrair-lhe o sentido inserido pelo seu criador. No entanto, os textos constituem objetos necessariamente submetidos à interpretação. Seus termos conservarão sempre uma margem de polissemia, isto é, não há um significado único ligado intimamente a um texto, a não ser que ele exista isolado, sem nunca ter sido aplicado.

Nenhum texto é tão preciso a ponto de minar a criatividade inerente à atividade interpretativa – "todo compreender-se se completa, porém, em algo diferente do que aí se compreende, e inclui a unidade e a mesmidade desse diferente."[340] Assim, por tratar-se de exercício indesvencilhável, o intérprete será sempre chamado a exercer o seu mister – interpretar, esclarecer, outorgar sentido. Significar símbolos. E o fará até mesmo inconscientemente, de maneira oculta ou congênita, tantas quantas forem as vezes que tiver de lidar com a linguagem e as palavras. Na lição de Cappelletti, se aprende que por mais que o intérprete se esforce "por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa."[341]

Esta a razão por que se tem dito haver diferença entre o texto legal e a norma, ou, mais claramente, que a norma e o texto não se confundem. Se não há sentido único no texto legal, a norma será, por consequência, o resultado obtido a partir da interpretação sistemática do intérprete. E assim, a interpretação se apresentará como atividade que transforma textos – disposições, preceitos, enunciados, dispositivos – em normas.[342] O intérprete, ao atribuir

---

[339] "A pretensão à uniformidade da interpretação decorre da suposição de que há uma interpretação exata, ou melhor, de que existe uma norma preexistente à atividade interpretativa que é descoberta e declarada pela Corte" (MARINONI, 2015, p. 4).

[340] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997. pp. 168.

[341] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. reimp. 1999. p. 22.

[342] "De um modo geral, a interpretação está compreendida principalmente como as atividades de avaliação do significado de expressões linguísticas, e também como resultado de tais atividades. No direito, a interpretação é, portanto, o procedimento para a determinação do teor prescritivo das leis; principalmente na cultura jurídica contemporânea, na qual a interpretação é entendida como a identificação de normas legais, ou seja, o significado dos enunciados normativos legais" (JORI, Mario; PINTORE, Anna. *Manuale di teoria generale del diritto*. – 2.ª ed. – Torino, G. Giappichelli Editore, 1995. pp. 205-206, tradução livre).

sentido ao texto, produz a norma jurídica. Não o faz, porém, por diletantismo, mas porque precisa. Os textos precisam de interpretação, pois, segundo Grau, devem ser aplicados a casos concretos.[343]

Siches afirmou que sem interpretação, não há possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica.[344] Se hoje essa realidade hermenêutica é "uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado, a verdade é que isto nem sempre foi assim.[345] Ideias como "o papel criativo do juiz" ou "a ambiguidade como elemento inevitável da linguagem humana" que no passado poderiam, talvez, parecer revolucionárias, hoje não apresentam nada de novo.[346] Se o fato de o direito ter se aproximado da interpretação e da prática argumentativa é inegável, também não se refuta que a segurança jurídica e a previsibilidade permanecem como valores a serem alcançados por um sistema de justiça minimamente sério.[347] Com isso, torna-se não só necessária como salutar discutir a atuação do intérprete na aplicação jurisdicional do direito ao caso concreto no âmbito dos sistemas codificados.

Como foi afirmado, as escolas do pensamento fundadas na estrita vinculação à lei estão, hoje, superadas. É certo, todavia, que as contribuições dadas por esses movimentos foram fundamentais para se pensar e construir a atual concepção de raciocínio jurídico. Não é mais possível assimilar o sistema de direito como um ordenado imperativamente estanque, completo e bastante em si mesmo. Um corpo de leis hermético, claro, coerente e coeso, e que ofereça previamente soluções objetivas (*standards* jurídicos) para toda uma miríade de

---

[343] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. – 4.ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 27-29.

[344] SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. – 20.ª ed. – Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010.

[345] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. reimp. 1999. p. 24.

[346] CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 16.

[347] Para nós brasileiros, em especial, a insegurança jurídica e a falta de previsibilidade são problemas cujas raízes existem para além da técnica jurídica propriamente dita. Há razões culturais e sociológicas para o culto à irracionalidade o desprezo à previsibilidade no nosso país: vivemos na cultura do personalismo e do patrimonialismo, do "jeitinho", da "mentalidade cordial" do patriarca que passou a ocupar os espaços públicos sem, porém, abandonar seus hábitos: "Lembre-se que a trajetória do 'homem cordial' tem início quando ele percebe sua dificuldade em viver em um espaço racional e impessoal, em que as relações pessoais não importam para a sua inserção no ambiente social. [...] Essa cordialidade aparente, que o caracteriza, obviamente não pôde propiciar qualquer forma de associativismo ou congregação nem de respeito ao direito [...]. Precisamente, o homem cordial é a antítese de que a lei é igual para todos e, por mera consequência, o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição de justiça. Os governos autoritários, as posições sociais que sempre foram privilegiadas, os ambientes deformados da magistratura e da advocacia, não só não necessitam de previsibilidade, mas não querem igualdade nem muito menos coerência e racionalidade. Por isso fingem não ver a imprescindibilidade de uma teoria que privilegie a autoridade da função desempenhada pelas Cortes Supremas" (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. – 2.ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 96-97).

possíveis conflitos representa apenas a descrição daquilo que um dia já foi ideal, mesmo que esta seja uma bandeira hasteada em nome de uma pretensa segurança jurídica.

De igual maneira, encontra-se também ultrapassada a afirmação de que a atividade judicativo-decisória é mecânica, silogística e subsuntiva. São no mínimo três dados da realidade no âmbito da *civil law* que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, afastam as concepções dos exegetas ou dos conceitualistas forjadas no racionalismo iluminista: *(i)* o impacto do constitucionalismo;[348] *(ii)* o uso crescente das cláusulas gerais ou das técnicas legislativas abertas;[349] e *(iii)* a evolução da teoria da interpretação.[350] Como o texto em si, isoladamente considerado, não possui significado determinado, o nexo entre a norma e a interpretação é incindível, porque aquela necessariamente dependerá desta. Daí decorre, então, que a norma só será determinada por meio da concreta resolução de um caso jurídico real, que nela se fundamenta ou a invoque como seu critério. Estamos, assim, a falar de um círculo relacional necessário, análogo ao círculo hermenêutico em geral.[351] Numa frase: a lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validez jurídica – isso implica que "o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta."[352]

Como partilhamos, a compreensão é sempre interpretação, porque constitui o horizonte hermenêutico no qual a intenção de um texto, em sua objetividade, é traduzida à

---

[348] "Ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de normas-princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica, que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplificou a latitude do espaço judicial para expressar o direito e resolver o caso litigioso. Como é óbvio, isso fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do* civil law. Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo. Conferência organizada pela Càtedra de Cultura Jurídica de La Universitat de Girona. jan. 2015b, Girona, Espanha. p. 7).

[349] "Por outro lado, é exato que a técnica das cláusulas abertas tenha dado ao juiz um espaço que ele não tinha [...]" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do* civil law. Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo. Conferência organizada pela Càtedra de Cultura Jurídica de La Universitat de Girona. jan. 2015b, Girona, Espanha. p. 8).

[350] "Por fim, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexiste significado unívoco intrínseco ao texto legal. A norma não está no texto legal; não há uma relação de sinonímia entre o texto e o resultado obtido com a atividade interpretativa. Bem por isso descabe pensar em averiguar para descrever a norma" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do* civil law. Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo. Conferência organizada pela Càtedra de Cultura Jurídica de La Universitat de Girona. jan. 2015b, Girona, Espanha. p. 9).

[351] CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 83.

[352] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 461.

língua do intérprete. Estamos, portanto, tratando da linguagem, e o desafio então é enfrentar, no direito, o seu problema semântico, que, dentre outros, está bem detalhado principalmente em Wittgenstein.[353] Na mesma medida em que o direito e sua linguagem fazem uso da linguagem natural, logo, a questão da porosidade de significado, decorrente da textura aberta da linguagem, também nele se faz presente. A *open texture* do sistema jurídico, segundo Hart, atribui à atividade do intérprete um caráter interpretativo em sentido forte, que por sua vez exige, para a solução do caso, que haja a eliminação da indeterminação da regra a ele aplicável. [354] Quando o juiz interpreta e argumenta a favor de um dos significados possíveis, está exercendo seu poder discricionário, numa inegável atividade criativa e construtiva.[355]

Portanto, não se pode negar que o juiz do século XXI interpreta. Os textos de lei, nesse sentido, são vertidos em normas justamente em razão do labor do intérprete – "compreender o que alguém diz é, como já vimos, pôr-se de acordo sobre a coisa, não deslocar-se para dentro do outro e reproduzir suas vivências."[356] Com Kelsen e Tarello é possível dizer, então, que a

---

[353] Wittgenstein, além das clássicas *Tractatus Logico-Philosophicus* e *Investigações Filosóficas*, deixou outras obras, das quais destacam-se as *Observações Filosóficas*, os *Cadernos Azul* e *Marrom* e *Conferências e Discussões sobre Estética, Psicologia e Crença Religiosa*. Basicamente, seus intérpretes dividem sua obra em duas fases bem distintas, de modo tal que é comum falar-se de um "primeiro Wittgenstein" e de um "segundo Wittgenstein". O "primeiro" corresponde ao período de escrita do *Tractatus*, e o "segundo" está nas demais obras. No *Tractatus* (1968), Wittgenstein elabora a teoria pictórica do significado, apresentando um modelo uno, específico, hermético, que toda a linguagem deve observar para que seja-lhe reconhecido sentido. A sustentação de que as proposições detêm um significado e precisão absolutos foi completamente rompida nas *Investigações Filosóficas* (1991), de modo que Wittgenstein passa a tratar da linguagem ordinária tal como ela é, ou seja, lidando com toda sua riqueza, complexidade, vagueza e ambiguidade. Ele explica a linguagem, então, recorrendo ao conceito de "jogo", pois, assim como ocorre nos jogos, os fenômenos linguísticos não possuem uma característica comum intrínseca que pode ser identificada e reproduzida em todas as instâncias de apresentação.

[354] Hart explica a ideia de textura aberta do sistema jurídico através da metáfora *zona de penumbra* versus *zona de luz*. Basicamente, a vagueza existente na linguagem jurídica, decorrente das regras ordinárias do uso da linguagem, implica a existência de um núcleo iluminado, ou uma zona de luz, circundado por uma zona de penumbra, no enunciado dos textos legais. Os enunciados claros, situados na zona de luz, são casos familiares que se repetem de forma constante em contextos semelhantes, e, por isso, não exigem muito esforço interpretativo, já que a seu respeito existe um acordo geral acerca da aplicabilidade de seus termos classificatórios. Já os enunciados que estão na zona de penumbra não podem ser meramente "deduzidos", "aplicados" ou "ditos", mas interpretados, escolhendo o juiz um dos significados possíveis que podem ser atribuídos à regra (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro R. Carrió. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. pp. 155-168).

[355] "Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el stare decisis es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la 'intención del legislador' y el derecho que ya existe" (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro R. Carrió. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 169).

[356] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 559.

norma é o resultado da interpretação.[357-358] Há, no sistema jurídico, a presença de vaguezas e ambiguidades próprias da linguagem que são inevitáveis. É nesse *gap* onde o juiz exerce sua função criativa. Por isso é que, excluídos voluntarismos hermenêuticos, a jurisprudência varia de acordo com o lugar e ao longo do tempo.

Todo compreender é interpretar, disse Gadamer, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete. Juízes são seres humanos e a criatividade judicial como elemento da compreensão constitui um fato inevitável ao exercício da função jurisdicional. E assim há, na visão de Cappelletti, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais.[359]

Essa realidade levou Kelsen, por exemplo, a reconhecer, já em *The pure theory of law*, a criatividade da função judicial. O autor diferencia duas espécies de interpretação jurídica: a autêntica e a não-autêntica. Apenas a primeira interessa à sua investigação, porque coerente em relação à sua concepção de ciência, de norma jurídica e de ordenamento jurídico. A interpretação autêntica só será realizada quando o direito for aplicado por um órgão jurídico; quando tratar-se de uma pessoa privada, como, por exemplo, a ciência jurídica, a interpretação será não-autêntica. Apenas a interpretação autêntica cria direito, e Kelsen reconhece a existência de uma indeterminação relativa no ato de aplicação do direito, intencional ou não.[360]

O intérprete autêntico, em vista da indeterminação das regras jurídicas tem, diante de si, então, diversas possibilidades de concretizá-la, dentro de sua margem de discricionariedade. Para resolver a questão, Kelsen lança mão da metáfora da moldura (*frame*). Sob essa ótica, a aplicação do direito forma, ante todas as hipóteses possíveis, uma moldura dentro da qual existem diversas possibilidades de interpretação. Se o ato observa essa

---

[357] KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005. p. 349; TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980. p. 61.

[358] Nesse sentido, também, é a lição de Riccardo Guastini: "[...] l'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato – o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato – altro non è che l'interpretazione. La disposizione è dunque l'oggetto dell'interpretazione, la norma è il suo risultato. O, detto altrimenti, la disposizione è fonte dela norma attraverso l'interpretazione" (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. pp. 63-64).

[359] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 567; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. reimp. 1999. p. 74.

[360] KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005. pp. 349-351.

moldura, encaixando-se dentro de qualquer sentido possível, é conforme ao direito. A teoria pura kelseniana, porém, não indica qual dos sentidos oferecidos pela moldura seria o correto, pois tal resposta pertenceria não à teoria do direito, mas à política do direito. A escolha entre uma das possibilidades constantes da moldura normativa teria, dessa maneira, caráter não-científico, e assim estaria fora do alcance do labor dos juristas. Entretanto, Kelsen adverte para a possibilidade de, através da interpretação autêntica, produzir-se uma decisão absolutamente estranha à moldura que a norma a aplicar representa. Com isso, admite a criação de um direito "novo", porém válido, não abarcado na moldura normativa.[361]

Com essas ideias em mente, podemos retomar a questão da função contemporânea das Cortes Supremas. Vimos que as regras jurídicas são constituídas por cláusulas gerais dotadas de textura aberta, e que, desse modo, as regras e, em última instância, o direito, são inevitavelmente vagos. Compartilhamos também que o paradigma da estrita vinculação à lei está esgotado, mas que, ainda assim, a previsibilidade e a segurança jurídica são valores a serem colimados pelos atores jurídicos. Nada obstante, assumimos como pressuposto a irrefutabilidade do caráter criativo inerente a toda interpretação, entendida esta como a compreensão de algo. Logo, a característica de cassação e revisão para as Cortes Supremas também deve ser revista, ser transformada. É preciso endereçar corretamente as Cortes Supremas à sua função atual.

Segundo Marinoni, a função contemporânea das Cortes Supremas é outorgar unidade ao direito por meio da avaliação do sentido adequado – e não único – do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico. Suas decisões devem possuir estabilidade, projetando-se tanto sobre a sociedade como sobre a solução dos casos conflitivos. É função da Corte atribuir sentido ao texto quando o aplica no caso concreto, trabalhando ao lado do Legislativo para a frutificação do direito.[362] Mitidiero indica que as Cortes Supremas estão dentro de um modelo cético ou antiformalista da interpretação jurídica – seus precedentes funcionam como uma orientação à sociedade civil e à comunidade jurídica a respeito do significado do texto legal.[363]

Neste modelo, o julgamento de um caso não deve mais ser pensado apenas como a entrega de uma solução. Apesar de importante, não é só o dispositivo da decisão que deve importar. Uma adequada organização das cortes judiciárias precisa captar essa exigência,

---

[361] KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law.* Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005. pp. 350-356.

[362] MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 873-876.

[363] MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 14.

importando não apenas o resultado de uma demanda, mas também os fundamentos da interpretação conferida à lei diante do caso concreto. Para o Estado Democrático de Direito, não basta saber se demanda foi favorável ou contrária ao recorrente ou ao recorrido, mas é necessário assimilar, de forma clara, quais as razões que levaram a Corte a decidir a favor de um ou de outro. Assim, se a função das Cortes Supremas não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, o raciocínio decisório e a escolha interpretativa ganham importância nesse processo.[364]

Na dimensão da tutela dos direitos, a Corte Suprema define o resultado da interpretação (*interpretazione-prodotto*) com atenção à adequação do processo interpretativo (*interpretazione-attività*). Mitidiero afirma, nesse sentido, que a compreensão da Corte Suprema exige um modelo voltado à tutela do direito mediante a sua adequada interpretação.[365] Assim, a tutela jurisdicional nesse âmbito pode ser entendida como uma reconstrução, isto é, uma espécie de *vivificação* do texto legal diante do caso concreto ou, como aponta Mitidiero, uma outorga de sentido a textos e a elementos não-textuais da ordem jurídica. A grande finalidade das Cortes Supremas é dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes, o que implica, também, em dotar de eficácia vinculante as razões adotadas nas decisões.[366]

O impacto da função contemporânea das Cortes Supremas no processo decisório é relevante. Exige uma mudança de postura tanto em relação ao próprio momento decisional, no qual se exige um engajamento colegiado sincero na busca pela melhor decisão, como no momento pós-decisional, isto é, quando da elaboração da decisão deliberativa escrita. São as razões compartilhadas no momento decisional que darão corpo ao precedente – sua racionalidade, autoridade e aplicabilidade a casos futuros são influenciadas diretamente pela fase anterior. A partir disso, a próxima subseção se dedicará a analisar quais os efeitos se projetam no processo decisório e na prática deliberativa brasileiros para a formação de precedentes genuínos.

II

UNIDADE INSTITUCIONAL *VERSUS* FRAGMENTARISMO NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

[364] MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 876-877.
[365] MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.
[366] MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

A concepção atual de Corte Suprema reclama adequações no processo decisório. Se a preocupação apenas com a resolução do caso, antes, considerava o debate entre as teses conflitantes como assunto de interesse apenas das partes envolvidas, agora, uma vez que a função da Corte é oferecer razões públicas para o sentido que entende adequado ao texto, o aprofundamento da deliberação deve ser incentivado em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. "A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte", afirma Marinoni. Dos julgadores, portanto, se espera uma maior participação e engajamento.[367]

Não é mais compatível com a função do Tribunal que o Ministro seja um mero expectador, que decide o caso fria e distanciadamente do fórum público de discussão e questionamento. Ele deve expor e testar seus argumentos, colaborando para uma decisão genuinamente colegiada. O raciocínio decisório do colegiado deve ser marcado pela participação intensa de seus membros – uma atuação protocolar e passiva não se coaduna com os objetivos outorgados pela nova ordem processual civil às Cortes Supremas. A decisão a ser tomada, mais do que solucionar o caso concreto, constituirá critério para o julgamento de casos futuros que lhe sejam similares.[368]

O primeiro efeito no processo decisório atinge a forma de justificação das decisões. Ele decorre diretamente da superação da lógica adversarial, na qual importa apenas vencer o caso e conhecer o teor do dispositivo do acórdão. Como uma das missões da Corte Suprema é atribuir sentido ao texto legal diante do caso concreto e desenvolver o direito, nesse exercício interpretativo se faz necessário que declare, racionalmente, os motivos pelos quais uma norma deve ser interpretada de tal ou qual maneira quando presentes determinadas circunstâncias fáticas, constando inclusive os argumentos dissidentes – é importante manter a dissensão acesa para fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na Academia. Além disso, é preciso permitir que os interessados saibam se determinada tese foi adotada por unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado.[369-370]

---

[367] MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 877-878.

[368] MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 877-878.

[369] Nesse sentido, Marinoni alerta que a essência do voto não está no dispositivo, ou na mera contagem para o resultado, mas sim nas razões determinantes da solução da questão de direito: "Não basta contar votos ou saber quais votos são favoráveis ao provimento do recurso. É necessário decifrar, além do fundamento que determina o alcance da solução ao problema interpretativo enfrentado pelo colegiado, o número de julgadores que a ele

Um segundo efeito está na postura decisória adotada por cada membro do colegiado. Na segunda parte deste trabalho, com o chamado *problema do julgamento colegiado*, vimos que nem sempre a decisão do caso deriva de um fundamento compartilhado por todos os membros da Corte. Se uma decisão tomada pela maioria não pode ser considerada, em seus fundamentos, compartilhada por todos, ela é incapaz de propiciar a formação de um precedente. São as chamadas *decisões plurais* – o resultado é comum, mas por razões diversas. Num julgamento proferido, por exemplo, por seis votos a cinco, só haverá *ratio* se os seis votos vencedores afirmarem o mesmo fundamento. Caso um dos cinco desenvolva fundamento distinto, já não é possível extrair *ratio decidendi*, o que resulta no reduzido valor precedental daquele julgado.[371]

No contexto das Cortes Supremas, a decisão que define o sentido do texto legal e se convola em precedente tem valor para a sociedade, pois serve de parâmetro para a resolução de casos futuros.[372] Assim, a postura de cada membro do colegiado tem um peso significativo para a definição da *ratio* – se há dispersão excessiva e injustificada, a Corte não possuirá uma voz uníssona.[373] Há evidências de que decisões tomadas pela aplicação simples da regra da maioria, sem uma deliberação engajada, são mais propensas a conter inúmeras justificativas, aumentando a possibilidade de não existir uma maioria de acordo com o mesmo fundamento. É claro que isso não significa que o caso ficará sem solução; por meio da regra majoritária ele será resolvido, mas a ausência do cumprimento da tarefa deliberativa pode resultar na

---

adere." (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. p. 881).

[370] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. p. 37; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English law. Oxford: Clarendon Press, 1991. pp. 78 e seguintes.

[371] Nesse sentido: "Some Supreme Court plurality opinions (in which Supreme Court Justices agree on a single result for different reasons) are of reduced precedential value" (KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, 1982. p. 58). Para Marinoni, uma decisão plural "[é] uma decisão majoritária que contém em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. Em outras palavras, uma decisão plural é majoritária quanto ao *resultado*, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 39-40). Além disso, fala-se ainda em fundamento majoritário, que é amparado pela maioria dos que sustentam a decisão plural; e fundamento concorrente, que adere ao fundamento majoritário apenas quanto ao resultado, divergindo do fundamento.

[372] Para um estudo sobre a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade –, veja MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, 2012. pp. 61-78.

[373] Nesse ponto, Marinoni afirma: "a vontade da Corte é a única coisa que tem relevo" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. p. 31).

inexistência de *ratio decidendi* e numa menor força precedental.[374] Portanto, embora possam existir, as decisões plurais não atendem à atual necessidade de se render respeito aos precedentes judiciais em prestígio à segurança jurídica e à igualdade perante os tribunais.[375-376]

Parece agora estar um pouco mais clara a diferença entre a unidade e o fragmentarismo e os respectivos impactos para a formação do precedente. De maneira mais rigorosa, Mendes afirma que a falta de colegialidade, de senso de coautoria ou de unidade institucional por parte da Corte torna a busca por uma *ratio decidendi* identificável um esforço autoenganoso, pois a inteligibilidade da justificativa da decisão torna-se comprometida.[377] Isso porque, conforme explica Marinoni, o raciocínio de proclamação da decisão e da *ratio decidendi* tem dois níveis bem distintos: um mediante o qual se objetiva definir a solução conferida ao recurso; e outro em que a preocupação é definir se os votos propiciam a elaboração de *ratio decidendi*.[378-379]

---

[374] "The traditional notion of the *ratio decidendi* was that the judgment and reasoning components of judicial decisions should be fused into one cohesive whole. The recent increase in plurality decisions, however, indicates a departure from this theoretical ideal, because plurality decisions frequently advance different rationales to support the same judgment. Although the lack of a supporting majority rationale impairs neither the effect of the judgment in the particular case nor its precedential value in identical cases, it clearly undermines the precedential value for dissimilar cases" (NOVAK, Linda. The precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, 1980. p. 758).

[375] "Quando os votos são tomados como se cada um dos julgadores estivesse sozinho diante da causa, a solução não expressa uma decisão colegiada acerca de cada uma das questões que necessitam ser definidas de modo autônomo, mas dá origem a uma decisão que revela uma mistura de decisões individuais sobre várias questões. Uma decisão colegiada, como o próprio nome indica, deve ser uma decisão de vários julgadores sobre uma mesma questão" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. p. 35).

[376] O problema da pletora de fundamentos e das decisões plurais não é exclusivamente nosso. Ele tem sido evidenciado e discutido desde o século XX em sistemas de *common law*. Veja HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, 2000. pp. 261-287. Há, ainda, um artigo escrito por Montrose em 1957 já dando conta deste problema no âmbito da *House of Lords* – a Suprema Corte britânica: MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. *The Modern Law Review*, v. 20, 1957. pp. 124-130.

[377] MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 135-152.

[378] MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. p. 882.

[379] O conceito de *ratio decidendi* que está sendo adotado é o de Duxbury: "*Ratio decidendi* pode significar tanto 'razão para a decisão', como 'razão para decidir'. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio judicial (*judicial reasoning*). O raciocínio judicial pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*. *Obiter dictum* é literalmente um 'dito de passagem'". Tradução livre de: "*Ratio decidendi* can mean either 'reason for the decision' or 'reason for deciding'. It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a 'saying by the way'" (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 67-68). Summers define a *ratio decidendi* (ou *holding*) como uma regra específica firmada pelo tribunal acerca de fatos e circunstâncias específicas mas que pode ser aplicada a casos

Retomemos nosso universo de análise do capítulo anterior. Num exercício ilustrativo breve, verifiquemos em que medida os membros do colegiado compartilham fundamentos no julgamento de questões relevantes, e de que maneira isto se reflete, por exemplo, no teor da ementa publicada.[380] Na ADI 4.983, é possível identificar cinco linhas argumentativas para a maioria vencedora e seis linhas de argumento nos votos dissidentes. Cabe separá-los em grupos. Dentre o grupo que julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, as linhas de raciocínio formadas a partir do voto da relatora poderiam ser dispostas da seguinte forma: *(i)* Há precedentes da Corte aplicáveis ao caso: Marco Aurélio, Roberto Barroso e Celso de Mello; *(ii)* A crueldade é inerente à prática da vaquejada: Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello; *(iii)* Os atos praticados enquadram-se na proibição do art. 225, §1.º, VII, CF: Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello; *(iv)* A vedação de práticas que submetam animais a crueldade é proteção constitucional autônoma: Roberto Barroso; *(v)* É possível a regulamentação de manifestações culturais envolvendo animais, desde que não importem em prática cruel: Roberto Barroso.

Já quanto aos vencidos, ao menos seis argumentos contrários destacam-se: *(i)* A vaquejada é tradição cultural, e como tal não pode ser apagada: Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Toffoli; *(ii)* Os precedentes invocados são inaplicáveis (distinção): Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Toffoli; *(iii)* Declarar inconstitucional a vaquejada não acabaria com a prática e jogaria na ilegalidade todos os envolvidos; melhor saída é a regulação: Gilmar Mendes; *(iv)* A prática da vaquejada não era objeto da ação, mas, sim, a lei regulamentadora: Teori Zavascki; *(v)* Na ponderação legislativa de normas constitucionais o Judiciário não deve interferir: Luiz Fux; *(vi)* Não há preparação torturante ou crueldade na prática dos atos: Dias Toffoli.

Comparando o teor da segunda parte da ementa com as linhas de argumentos perfilhadas pela maioria decisora, não está clara a *ratio decidendi* do julgamento. O único fundamento de localização precisa é o *(iii)*, levantado pelo relator, Marco Aurélio, e seguido

---

futuros: "A holding is a specific ruling on a specific issue before the court. In order to determine the scope of a holding, it is always necessary to formulate the issue before the court. [...] The court then couched its holding in factual terms as follows: 'We conclude that employment, as defined in this group policy, is a condition of insurance and, therefore, since the insurer did not contest the employee's eligibility within the period of contestability, it is barred from raising it as a defense to the beneficiary's action.' Note that the Simpson court here identified specific facts and circumstances to which its stated holding would apply in future cases. [...]" (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. [Eds.]. *Interpreting precedents*. Farnham: Ashgate Publishing, 1997. pp. 383-384). Entre nós, Marinoni define *ratio decidendi* como "a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b. p. 161).

[380] As ementas, em razão da extensão, não serão transcritas na íntegra ao trabalho. Estão todas disponíveis para consulta no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet (*http://portal.stf.jus.br/*).

Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. A simples afirmação abstrata de que *discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada*, embora possa indicar a prática de atos cruéis, não deixa claro quais, quantos ou como eles violam a norma. Os argumentos levantados por Barroso durante o julgamento, no sentido de que deveria ser considerada proteção constitucional autônoma a vedação de práticas que submetam animais a crueldade e de que é possível regulamentar manifestações culturais que envolvam práticas com animais não foram discutidos *a posteriori* pelos outros ou contemplados na ementa, apesar de constarem do acórdão publicado. Também não há, na ementa, menção aos precedentes invocados como aplicáveis ao caso por três dos Ministros que compuseram a maioria. Todas as linhas constantes da ementa constam o relator como aderente. Assim, não é possível afirmar que constituem razões de decidir naquele caso.

Na ADI 4.815, apesar do julgamento ter sido unânime, não se pode afirmar que houve *ratio decidendi* única, isto é, da Corte enquanto tal. Pelo menos sete linhas argumentativas sobre o mérito estiveram presentes nos votos proferidos: *(i)* A interpretação que vinha dando o Judiciário aos arts. 20 e 21 do Código Civil violava a liberdade de pensamento e sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural: Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski; *(ii)* As biografias são fonte do direito de acesso à informação, assegurado pela Constituição: Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli; *(iii)* A interpretação até então dada pelo Judiciário se equipava a censura prévia, vedada pela Constituição: Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux; *(iv)* A violação da garantia da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da dignidade da pessoa, segundo a Constituição, poderia ser reparada por indenização a ser definida: Cármen Lúcia, Luiz Fux, Marco Aurélio; *(v)* A violação da garantia da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da dignidade da pessoa, segundo a Constituição, poderia ser reparada por indenização a ser definida, mas essa não é a única via: Gilmar Mendes; *(vi)* A liberdade de expressão é uma liberdade preferencial em relação a todas as outras previstas na Constituição brasileira: Roberto Barroso; *(vii)* Pessoas consideradas públicas possuem um grau maior de crítica pública aceitável: Rosa Weber.

Considerando as linhas de argumento mapeadas, estiveram presentes na ementa *(i)*, *(ii)* e *(iii)*. Como é possível verificar no tópico *Análise dos votos* referente à ADI 4.815, todos esses argumentos foram levantados pela relatora, Cármen Lúcia, também redatora do acórdão. O conflito entre os argumentos *(iv)* e *(v)* fez com que ele fosse excluído da ementa.[381]

[381] "*O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO* – Ministro Gilmar, só um minutinho. A minha proposta de tese minimalista, que eu acho que até agora é consenso, é: não é compatível com a Constituição

Entretanto, os demais argumentos, formulados por Roberto Barroso (*vi*) e Rosa Weber (*vii*), que votaram com a relatora, não foram discutidos e não integraram a ementa do julgado.

Na ADI 4.543, o acórdão indica também que o julgamento deu-se à unanimidade. Contudo, das cinco linhas principais de argumento, apenas as veiculadas pela relatora constaram, por exemplo, da ementa. Sobre tais argumentos não mencionaram expressamente todos os Ministros que declararam o voto com manifestação. As principais linhas argumentativas foram: *(i)* A urna aberta violaria garantia de igualdade de valor do voto: Cármen Lúcia, Roberto Barroso; *(ii)* A urna eletrônica estava apta a garantir todos os direitos e garantias fundamentais: Cármen Lúcia, Luiz Fux; *(iii)* Incidência do princípio da proibição do retrocesso por razões econômicas e de eficiência: Cármen Lúcia, Rosa Weber, Joaquim Barbosa; *(iv)* A possibilidade de identificação do voto individual violaria a garantia constitucional do sigilo: Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes; *(v)* Incidência do princípio da proibição do retrocesso por questões socioculturais: Luiz Fux. Embora a *ratio* seja facilmente identificável, pois a rigor todos seguiram o voto da relatora, argumentos posteriores, como o do Ministro Luiz Fux, não foram discutidos ou incorporados em termos de possível composição da ementa. A ressalva expressa feita pelo Ministro Gilmar Mendes fez com que Cármen Lúcia – assim como no caso da ADI 4.815 – não constasse da ementa o argumento do princípio da vedação do retrocesso.[382]

---

interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil que importe na necessidade de autorização prévia de pessoa retratada em obra biográfica para fins de sua divulgação por qualquer meio de comunicação. Eu acho que esse ponto nos une a todos. Acho que esse é um ponto consensual. *O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:* É que parece que a única maneira de reparar seria a precificação. *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* – Exatamente. *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – É muito simples. Sabe o que pode ser feito? *O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:* Então, para tudo tem um preço, e podemos, então, fazer o que bem entendermos, basta ter o dinheiro para pagar esse preço? *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Era muito mais simples retirar o inciso *b*. E ficar o inciso *a* da minha conclusão, quer dizer, que nem é inciso *a*. *O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* – É. Porque, aí, acho que coincide com a posição do Ministro...*O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* – Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um aparte? E também a Ministra Cármen Lúcia? Eu também, ao ler a conclusão do seu brilhante voto, num primeiro momento, fui induzido a pensar que Vossa Excelência estaria concluindo que a transgressão aos valores abrigados no art. 5º, X, da Constituição, só seriam ressarcíveis ou sanáveis mediante indenização, mas depois que eu vi o Doutor Antônio Carlos dizer da Tribuna que, em tese, seria possível até a apreensão ou a sustação da divulgação da obra... *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Com a qual eu não concordo... *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)* – ...imaginei que Vossa Excelência certamente não excluiria essa possibilidade, até em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição. *O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX* - O minimalismo é importante por isso, porque... Nós não estamos decidindo isso. *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)* – Para evitar qualquer polêmica, eu prefiro concluir o meu voto retirando a alínea *b*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. pp. 234 e seguintes).

[382] "*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* - Senhor Presidente, também eu gostaria de, inicialmente, cumprimentar a Relatora pelo cuidadoso e belíssimo voto proferido. E dizer também que, inicialmente – e fiz essa consideração quando do voto na medida cautelar –, eu guardava reservas, especialmente diante do argumento, que, à época, fora expendido, quanto à aplicação eventual do chamado princípio do não retrocesso. À época, chamei a atenção para a possibilidade, que não é estranha em vários sistemas, de se dotar o legislador da

O acórdão da ADPF 186 indica ter havido unanimidade na consideração da constitucionalidade da política afirmativa de cotas raciais em instituições públicas. No entanto, além dos constantes do voto do relator, vários foram os fundamentos empregados pelos demais Ministros na justificação de suas posições: dezenove, especificamente. Apenas os dez primeiros foram formulados pelo relator, Ministro Ricardo Lewandowski: *(i)* A política de cotas cumpre o princípio da igualdade material: Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio; *(ii)* O modelo constitucional brasileiro adota o princípo da justiça distributiva ou compensatória: Ricardo Lewandowski; *(iii)* A Corte possui precedentes no sentido da constitucionalidade de políticas afirmativas: Ricardo Lewandowski; *(iv)* A meritocracia não é o único parâmetro para ingresso em instituições de ensino superior: Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber; *(v)* Raça não é um conceito biológico, mas social, histórico, cultural: Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Gilmar Mendes; *(vi)* A política afirmativa de cotas compensa erros históricos e a discriminação culturalmente arraigada deles decorrente: Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Cezar Peluso, Gilmar Mendes; *(vii)* Cotas raciais cumprem o papel integrador da Universidade: Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia; *(viii)* Os mecanismos de identificação (auto e heteroidentificação) estão de acordo com a Constituição: Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Rosa Weber; *(ix)* A política de reserva de vagas não é estranha à Constituição (art. 37, VIII): Ricardo Lewandowski; *(x)* O modelo atendia à proporcionalidade dada sua característica transitória: Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes; *(xi)* Políticas universalistas são insuficientes: Luiz Fux, Marco Aurélio, Ayres Britto; *(xii)* Políticas afirmativas não têm conceito único: Luiz Fux, Gilmar Mendes; *(xiii)* Forma de incentivo à pluralidade do corpo discente: Luiz Fux, Rosa Weber; *(xiv)* Universidades têm autonomia didático-científica para decidir o modelo didático-pedagógico mais eficiente: Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio; *(xv)* Dever do Estado cumprir os objetivos do art. 3.º, CF, mediante políticas públicas: Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Ayres Britto;

---

discricionariedade de escolher meios, modos, formas diversas de fazer essa verificação, tendo em vista as desconfianças que surgem em torno de uma temática tão importante em que não só a controlabilidade, mas a própria crença das pessoas na infalibilidade do sistema compõe um pouco essa cultura constitucional. Na medida em que há desconfiança, é preciso que haja mecanismos para superá-la, sob pena de nós comprometermos, de alguma forma [...]. Então, com essas breves considerações, eu também acompanho Sua Excelência, mais uma vez, louvando a qualidade, o cuidado técnico do voto, só ressaltando que, a meu ver, tendo em vista as circunstâncias que se manifestem ao longo das experiências vividas, o legislador não está impedido de adotar outros meios e até meios diversos daqueles apontados nos controles eletrônicos. É claro que, ao fazê-lo, não poderá comprometer o sigilo das votações. Não poderá tornar vulnerável o eleitor a esse tipo de pressão, porque isso, sim, seria um retrocesso, não no sentido de aplicação do princípio do retrocesso, mas um retrocesso em sentido verdadeiramente institucional, a exposição deste indivíduo, eleitor, a essas pressões indevidas por parte dos grupos interessados na disputa política" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.543, Pleno, Brasília, DF, 6 de novembro de 2013. pp. 37 e seguintes).

(xvi) Inexistência de um "tribunal racial", mas o esforço para cumprimento efetivo do programa: Luiz Fux, Cezar Peluso, Marco Aurélio; *(xvii)* Política afirmativa de cotas não viola meritocracia: Cezar Peluso, Rosa Weber; *(xviii)* Critério é temporariamente constitucional, e precisa ser revisto: Gilmar Mendes; *(xix)* A política afirmativa de cotas não abona erros pretéritos, pois a nação é uma só (em oposição ao argumento *vi*): Ayres Britto.

No resumo da ementa, verifica-se a presença das razões *(i)*, *(ii)*, *(iii)*, *(vi)*, *(vii)*, (*viii)* e (*x)*. Embora a conclusão tenha sido unânime, o argumento constante nos itens I, parte final, e II, da ementa, não foi integralmente chancelado por Ayres Britto. A ementa é composta por argumentos veiculados pelo relator. Se a ideia que a ementa passa é a de que, em princípio, todos os que compõem a corrente vencedora concordam com seu teor, nesse caso, porém, nesse ponto específico, há de se fazer a devida ressalva.[383]

Na ADPF 54, em que o placar fora 6-2-2, entre o bloco majoritário, destacam-se sete grupos de argumentos: *(i)* Não há aborto porque o delito pressupõe vida extrauterina e o anencéfalo não possui possibilidade de vida: Marco Aurélio, Rosa Weber, Ayres Britto; *(ii)* É impossível a manutenção da gestação para doação de órgãos do feto: Marco Aurélio; *(iii)* Não há violação ao direito à vida: Marco Aurélio e Celso de Mello; *(iv)* Preponderância dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade sexual e reprodutiva, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física e psíquica em juízo de ponderação: Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux, Ayres Britto e Celso de Mello; *(v)* Exclusão da hipótese do rol de excludente de ilicitude à época por ausência de tecnologia: Rosa Weber, Gilmar Mendes; *(vi)* Enquadramento da conduta como estado de necessidade, antijuridicidade, inexigibilidade de conduta diversa: Luiz Fux, Celso de Mello; *(vii)* Inexistência de aborto pela ausência de sujeito passivo: Luiz Fux.

Já as opiniões contrárias giram em torno de seis argumentos principais: *(i)* Competência do Congresso Nacional para tratar da matéria: Ricardo Lewandowski; *(ii)* Feto possui capacidade de movimento autógeno, o que evidencia a existência de vida; portanto, a conduta caracteriza aborto: Cezar Peluso; *(iii)* Possuindo vida, o feto anencefálico está

---

[383] "A Constituição é uma obra - eu vou incorrer num cacófato, mas é inevitável - da nação. O que é a nação produtora da Constituição? A nação é uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a coetaneidade, ou contemporaneidade, e a posteridade. A nação é como um rio. O rio é um só rio, da nascente à foz. A nação é uma só nação, da primeira geração à última geração. Não vale esse argumento de que estamos pagando pelos pecados de nossos ancestrais. Não. A nação é multigeracional. O que fez uma primeira geração pode ser revisto pela segunda, pela terceira, pela quarta, pela atualíssima geração. Tudo é uma coisa só. Por isso que Renan proclamou: 'A nação é uma alma'. A nação é um princípio espiritual para dar conta da sua atemporalidade" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, Pleno, Brasília, DF, 26 de abril de 2012. p. 186).

protegido juridicamente: Cezar Peluso; *(iv)* Há atecnia diagnóstica da anencefalia: Cezar Peluso; *(v)* A não interrupção da gestação não configura tortura e não é perigosa para a gestante: Cezar Peluso; *(vi)* Conduta configura aborto, mas enquadra-se como excludente de ilicitude: Gilmar Mendes. Analisando a ementa, vê-se que ela engloba os argumentos da *liberdade sexual e reprodutiva* e *autodeterminação* da mulher *(v)* e *inexistência de aborto* (*i*). Essas são todas razões do voto do relator. No voto do Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, que julgou procedente a ação, ele refuta expressamente ambos os argumentos – a conduta é típica, mas está amparada por excludente de ilicitude, e os valores constitucionais em jogo já haviam sido ponderados pelo legislador.[384]

Na ADI 3.510, para a maioria vencedora, ao menos onze linhas principais de argumentos foram computadas: *(i)* A realização das pesquisas significaria melhores possibilidades de recuperação de saúde de inúmeras pessoas: Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello; *(ii)* A proteção do ordenamento jurídico apenas abrange o nativivo: Ayres Britto, Ellen Gracie e Marco Aurélio; *(iii)* Não há aborto porque o embrião não está em corpo feminino e não possui capacidade de vida encefálica: Ayres Britto, Eros Grau, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Celso de Mello; *(iv)* Embriões que seriam descartados no lixo têm destinação produtiva e de acordo com a Constituição: Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio; *(v)* A realização das pesquisas está amparada pelo direito constitucional à liberdade de expressão científica: Ayres Britto, Cármen Lúcia; *(vi)* Legislação cumpre a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país: Cármen Lúcia; *(vii)* A não-pesquisa seria a completa ausência de resultados: Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio; *(viii)* Autonomia dos pais sobre o material genético: Joaquim Barbosa; *(ix)* Opinião da população: Marco Aurélio; *(x)* Possibilidade de analogia com a legislação que trata da morte encefálica: Celso de Mello; *(xi)* CIDH não fixa direito absoluto à vida: Celso de Mello.

---

[384] "*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES* – [...] Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. [...] Entendo, assim, que os fundamentos trazidos na inicial relativos à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde não são aptos, *concessa venia*, para desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial [...] Conforme asseverei, entendo que a regra do Código Penal Brasileiro é a vedação do aborto, de forma que não se pode considerar atípica conduta direcionada a provocar a solução de continuidade da gravidez de feto anencéfalo, visto que este pode nascer com vida, gerando reflexos jurídicos e psíquicos de vieses diversos e, assim, a abreviação dessa gravidez está inserida, sim, no suposto fático da regra penal em exame" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Pleno, Brasília, DF, 11 de abril de 2012. pp. 289-291).

A divergência, consubstanciada em grande escala no voto de Menezes Direito, não foi desconstruída: *(i)* Dúvida científica; *(ii)* Potencialidade do embrião; *(iii)* Possibilidade de vida extrauterina como essência do embrião; *(iv)* Impossibilidade de analogia com a morte encefálica; *(v)* Destino do embrião é sempre o útero; *(vi)* Não há diferença entre o embrião *in vitro* e o embrião concebido através da prática sexual; *(vii)* Embrião como vida humana protegida pela CF (também encampada por Lewandowski); *(viii)* Método que eliminava a vida do embrião; *(ix)* Existência de método alternativo; *(x)* Inviabilidade de poucos não autoriza sacrifício de todos. Também arguiram deficiência técnica da legislação Lewandowski, Gilmar Mendes e Eros Grau; a existência de caminhos não-excludentes de pesquisa, Cezar Peluso, que também alegou a impossibilidade de graduação de níveis de proteção e de invocação do nascituro. Na ementa, que possui oito páginas, estão presentes todos os cinco argumentos elaborados pelo relator; em relação aos demais, há menção expressa a passagens do voto do Ministro Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Mais uma vez, o poder do relator na redação da ementa e o distanciamento dos demais após o julgamento do caso faz com que as razões daquele prepondere sobre as outras.

Numa frase: é notória a profusão de argumentos formulados apenas na dimensão individual e a dificuldade de extrair uma *ratio* única, clara, coesa e objetiva. Para ser justo, os casos do voto impresso e das biografias não autorizadas possuem maior concentração de fundamentos no voto da relatora se comparados aos demais, mas isso não os coloca em grandes vantagens. De volta à questão sobre os impactos do modelo decisório na formação do precedente, é possível dizer que os acórdãos analisados são *decisões plurais*; portanto, sob esse ponto de vista, por mais que tenham sido relevantes para a história constitucional brasileira e tenham marcado temas de direitos fundamentais, os casos gozam de baixo valor precedental. Esta constatação, porém, não é uma novidade.

Marinoni, em 2015, afirmara: "não há dúvida que a decisão plural é uma realidade nas Cortes Supremas."[385] Apesar de poderem existir, isto é, não havendo vedação legal a que sejam proferidas decisões com fundamentos diversos colhidos com base no modelo decisório quantitativo simples, as decisões plurais não são ideais em relação à função que hoje se atribui às Cortes Supremas.[386] É claro que nem sempre o consenso será obtido – e é inclusive

[385] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. p. 59.

[386] "Na verdade, várias são as razões que permitem ver com naturalidade as decisões plurais, desobrigando a Corte Suprema de sempre ter que decidir mediante a fixação de uma *ratio decidendi*. Porém, é preciso deixar frisado, antes de mais nada, que uma decisão plural não pode ser vista como um ideal de Corte Suprema e que uma desse porte, em que a deliberação aprofundada e a busca de consenso são essenciais, sempre deve, na medida do possível, aparar as arestas que impedem o delineamento da *ratio*." (MARINONI, Luiz Guilherme.

positivo que isso aconteça, em razão do valor da dissidência em sociedades multiculturais e complexas –, mas isso não impede que, no limite, ele seja sempre um objetivo a se lograr alcançar, principalmente nos casos dotados de maior relevância.

Uma decisão plural pode ser compatível com a lógica adversarial, mas não com a lógica colegiada-deliberativa. Seus efeitos para um ordenamento jurídico que pretende prestigiar precedentes não são os melhores – a ausência de um *ratio* clara, concisa e compartilhada por todos os membros do colegiado torna deficitária a jurisprudência da Corte. No âmbito do Código de Processo Civil, impede, por exemplo, a realização do art. 926, *caput*. Com rigor, Marinoni afirma que uma decisão plural, ao não gerar uma *ratio decidendi*, não permite o desenvolvimento do direito, a construção e a edificação do sistema em degraus, permitindo o elo entre um caso e outro.[387] Novak afirma que, além de tudo, decisões plurais causam confusão nas cortes inferiores, instabilidade e incerteza em áreas críticas do direito, o que acaba produzindo uma superlativa e repetitiva litigância.[388-389]

O conceito de decisão plural, que de certo modo ainda é recente entre nós, não é intransigente e de todo rígida. É claro que, com a transição, julgamentos como os relatados acima acontecerão. Caberá à comunidade jurídica a tarefa contínua, constante e serena de buscar a melhor luz para os julgamentos colegiados, além da compreensão de que não será todo e qualquer caso que trará consigo, sempre, uma *ratio decidendi*. Talvez um bom início seja trabalhar a otimização dos critérios de extração da *ratio* de decisões plurais, como, por exemplo, o Teste Marks ou *narrowest grounds*, consistente em tentar buscar a *ratio* dentro das *opinions* que estão inseridas na decisão proferida pela maioria.[390] Outro aspecto é a própria discussão do melhor modelo de votação a ser empregado: a votação *case-by-case* ou a votação *issue-by-issue* (ou mesmo a adoção de ambos e o emprego específico de cada método conforme a necessidade do caso). Na primeira, cada juiz vota sobre o caso em sua totalidade. Na segunda, cada voto é tomado a respeito da visão de cada magistrado sobre questões

---

Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. p. 63).

[387] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 60-61.

[388] NOVAK, Linda. The precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, 1980. p. 759. Ainda nesse sentido, ver EDWARDS, Harry. The effects of collegiality on judicial decision-making. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 5, 2003. pp. 1639-1690.

[389] Para uma visão abrangente sobre os impactos da decisão plural em face, por exemplo, da previsibilidade, do desenvolvimento do direito, da racionalidade do sistema jurídico, da otimização das funções das Cortes Supremas, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 63 e seguintes.

[390] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 69 e seguintes.

elencadas sequencialmente.[391] Para que o texto não perca o foco, na próxima subseção algumas observações prospectivas serão realizadas a partir do que aqui foi visto.

III

AÇÃO COLETIVA *FIGURATIVA* E AÇÃO COLETIVA *PRÓPRIA*: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Encaminhando à conclusão, tudo o que vimos até aqui conduz a uma incursão mais específica sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Apesar dos debates, da riqueza e da profundidade das informações presentes no conteúdo dos votos, o julgamento colegiado na Corte dá indícios de ser deliberativo na forma e agregativo na substância e resultado. Isso pode parecer paradoxal à primeira vista, mas recorrer a uma metáfora de Dworkin talvez ajude a facilitar a explicação. Quando se diz que um julgamento é colegiado, significa que o tribunal, coletivamente, se reúne e faz determinadas coisas – decide sobre um caso envolvendo direitos fundamentais, por exemplo – que nenhum de seus membros, sozinho, estaria distintivamente capacitado ou habilitado a fazer. Há dois tipos de ação coletiva, às quais Dworkin chamou estatística e comunitária/comunal. Aqui, porém, para adequá-las ao nosso contexto, serão chamadas de ação coletiva *figurativa* e ação coletiva *própria*.[392]

A ação coletiva será *figurativa* quando, apesar de existir um momento de aparente de deliberação, em que os componentes aparecem e sustentam seus argumentos, aquilo que faz o colegiado apresenta um produto, amplo ou restrito, de algo que os membros individuais fazem sozinhos, ou seja, daquilo que fazem sem pensar que estão agindo *enquanto* grupo. Tomemos emprestado o exemplo dado por Dworkin. Ele diz: ontem o mercado de moedas estrangeiras derrubou o preço do dólar. Não se discute que esta é uma ação coletiva, pois somente uma ação conjunta de um grande grupo de banqueiros, investidores e especulaores poderia afetar de modo significativo o câmbio monetário. Contudo, como não existe uma entidade coletiva intitulada *mercado de moedas*, é possível dizer que a queda do preço do dólar no último

[391] A discussão é rica e desenvolvê-la justificaria outro trabalho inteiro. Um bom começo está em KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993. pp. 1-59; e MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – um sério problema no direito estadunidense. *Revista de Processo Comparado*, v. 5, 2017. pp. 83-106.

[392] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 19-20.

pregão resultou da simples combinação dos efeitos das diversas transações individuais em moeda estrangeira naquele determinado período.[393]

De outro lado, quando a ação coletiva produzir resultados que não podem ser atribuídos ou reduzidos a mera soma das ações individuais, ela será *própria* – há, por trás de seu feito, um *agente* coletivo especial e distinto, funcionando sob sua mais otimizada designação. A ação coletiva *própria*, portanto, acontecerá quando os indivíduos agirem juntos de forma que fundem suas ações separadas, nas palavras de Dworkin, "num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato *deles*." Uma orquestra, por exemplo, é capaz de executar uma sinfonia; sozinho, porém, nenhum músico isolado pode fazê-lo. Reproduzir a "Sinfonia n.º 5" de Beethoven não é uma simples ação coletiva *figurativa* – para que a orquestra seja bem-sucedida, é fundamental não apenas que cada músico toque o instrumento de acordo com sua partitura, acompanhando o ritmo ditado pelo regente, mas também que todos os músicos toquem *como* uma orquestra, agindo cada qual focado no resultado final da equipe e assumindo responsivamente o papel que lhe cabe dentro deste empreendimento coletivo.[394]

O modelo decisório das Cortes Superiores brasileiras é deliberativo na forma, por seu *design* institucional, que prevê e cede espaço a uma discussão antes da votação do resultado; mas agregativo na substância e no resultado, porque, neste mesmo espaço, não há discussão genuína, voltada ao consenso. A sessão de deliberação, principalmente nos casos de grande vulto, tem sido convertida em sessão de leitura de votos elaborados individualmente em gabinete. Nos casos estudados, apesar de terem sido debatidas as questões – ou, mais diretamente, expostos os pontos de vista com alguma interação –, ao final da sessão, os votos foram somados sem considerar os ganhos deliberativos potencialmente decorrentes da interação entre os membros.

Algumas medidas poderiam aumentar o desempenho deliberativo da Corte. Consequentemente, haveria não apenas ganhos de legitimidade, mas o próprio sistema de justiça ficaria mais fortalecido com a construção de uma jurisprudência constitucional íntegra, coesa e perene. A primeira medida é abandonar o modelo de julgamento das Cortes de Correção, em que apenas o resultado ou o dispositivo do acórdão importa. Ter em mente a distinção entre precedente e decisão do caso colocaria o modelo decisório em novos eixos. Nesse sentido, Marinoni afirma ser indispensável repensar o modelo de julgamento para

---

[393] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 19-20.
[394] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 19-20.

contemplar o pensamento da Corte sobre os fundamentos, já que o precedente demanda uma *ratio decidendi* clara e concentrada.[395]

Outra ideia que parece adequada é o que estamos chamando de *saneamento deliberativo colegiado* ou *saneamento deliberativo comparticipativo* – um pronunciamento específico do relator, pelo menos nos casos mais controversos, dirigido aos membros da Corte para que, conjuntamente, delimitem não só os fatos do caso, mas também definam os fundamentos a serem discutidos para o efetivo desempenho da Corte Suprema. Não se trata do relatório do caso, pois, nesta hipótese, o objetivo é afastar qualquer dúvida sobre o objeto da deliberação – são os próprios membros do colegiado buscando construir os fundamentos que serão objeto de debate entre eles, evitando a dispersão excessiva de argumentos e *obiter dicta*. Contudo, não basta apenas elaborá-lo – o documento deve servir de ponto de partida para todos os deliberadores, para que estabeleçam, a partir dele, o diálogo racional-argumentativo. Essa perspectiva possui inúmeros ganhos, já que, além da definição clara do objeto da deliberação, estimula a consideração mútua, o trabalho conjunto e a assunção de responsabilidades éticas e técnicas perante a função contemporânea da Corte.[396]

A racionalidade do exercício da função da Corte Suprema exige, portanto, que os principais fundamentos a serem deliberados sejam fixados comparticipativamente. Haverá benefícios não apenas no desenvolvimento da discussão, que estará vacinada contra diletantismos, mas uma medida dessa natureza fomenta inclusive a participação de todo o colegiado na obtenção do resultado, evitando, como acontece, que alguns Ministros se manifestem de forma difusa apenas sobre certos argumentos e, por volume ou preferência, deixem outros sem o devido enfrentamento. Numa frase, o saneamento colegiado comparticipativo pode ser um ingrediente desejável para se alcançar uma *ratio decidendi* precisa, cuja identificação depende da exatidão com que delimitadas as razões de cada um dos votos.[397]

---

[395] A sugestão do autor é discutir e votar, separadamente, a alegação da violação da norma, por meio do método *issue-by-issue*: "De qualquer forma, a adequada discussão e a votação em separado da alegação da violação de norma tem grande relevo para que a Corte possa se desincumbir da sua missão de desenvolver o direito mediante precedentes" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. pp. 14-15).

[396] O Código de Processo Civil contém um dispositivo que guarda essencialmente essa noção. O art. 357, §3.º, prevê que se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito *em cooperação* com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Veja MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

[397] KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993. pp. 5-13.

Ao lado dessa medida deve estar outra tão importante quanto ela: o afastamento, no limite, da prática de elaboração prévia de voto escrito antes da sessão de julgamento. Este é um dos problemas mais sérios que a pesquisa pôde identificar. Apesar de muito bem fundamentados e demonstrarem o interesse e estudo prévios do assunto, os votos escritos prévios são predatórios à deliberação adequada e, portanto, à efetiva performance da Corte Suprema enquanto formadora de precedentes. Nos casos estudados, principalmente nos mais polêmicos, todos os membros do colegiado chegaram à sessão com o voto já escrito, preparados para leitura ou juntada após explanação breve. Curiosamente, não houve nenhuma mudança de posicionamento, mesmo se tratando de questões altamente controvertidas social, política, moral e juridicamente, causando profundo desacordo na comunidade. Este fato nos dá indícios de que a justificativa previamente elaborada é hostil ao diálogo, por mais que saibamos da possibilidade – remota – de alguém ser convencido durante a sessão.[398] Como, em regra, o modelo de julgamento não prevê debate oral formalmente entre os Ministros antes da sessão, a reunião plenária acaba se tornando o único momento capaz de comportar o intercâmbio de ideias. Comparecer à sessão com o voto já pronto ignora completamente o seu potencial deliberativo e os benefícios do diálogo, gerando, assim, as chamadas *no-clear-majority decisions*, para usar a expressão de Linda Novak.[399]

Tudo isso levou Mendes a afirmar que o Supremo possui um impedimento técnico e prático para firmar precedentes genuínos. A razão supraindividual *da Corte*, na maioria dos casos polêmicos, não existe à parte dos onze ministros individuais e, assim, a formação de uma jurisprudência constitucional se torna um mito doutrinário. Capturar a *ratio* dos julgados da Corte é um esforço considerável, como pudemos ver algumas linhas acima. A ausência de deliberação, sob este aspecto, acaba fazendo com que o leitor e a própria Academia paulatinamente se afastem da Corte enquanto objeto de interesse e estudo científicos. Esta tarefa de verificação aprofundada, sistemática e, de certo modo, subjetiva, é demasiado árdua para apontar, no lugar da Corte, em todos os julgamentos, se aquele núcleo comum de razões que parece transcender os votos individuais pode integrar a *ratio decidendi* do tribunal. Numa perspectiva comparatista, Mendes afirma que o estilo decisório do Supremo está a uma longa distância de tribunais que existem numa considerável concisão e unidade institucionais, como,

[398] É sintomática, nesse sentido, a percepção de Silva ao entrevistar Ministros e ex-Ministros: "In the Brazilian Supreme Court, after the most senior associate justice and the Chief Justice cast their votes – i. e., share their opinions for the first time with all other justice – the judgement session is finished. [...] Even though any justice is allowed to change his or her mind before the judgment session is concluded, i. e., even after the most senior Associate Justice read his opinion, this rarely – if ever – occurs" (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. p. 224).

[399] NOVAK, Linda. The precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, 1980. p. 756.

por exemplo, as cortes francesa e italiana. Ele conclui: o modelo brasileiro de decisão *seriatim* não-dialógico impede a busca de uma *ratio* ou *holding* dos casos submetidos a julgamento.[400]

Mendes alerta também que o modelo *seriatim* não-dialógico brasileiro geralmente possui tantas *rationes decidendi* quanto opiniões individuais existentes sobre o caso. A afirmação encontra respaldo, por exemplo, nas hipóteses que analisamos há pouco. O resultado: havendo várias *rationes* individuais, não há uma *ratio decidendi* em geral.[401] Decorre daí outro problema que reclama atenção: o peso dos argumentos acaba sendo prejudicado na contagem de votos agregativa. Para ser justo, em alguns casos foi possível notar um conjunto de razões centrais – como o argumento da concretização da igualdade material no caso das cotas raciais em instituições públicas de ensino superior – que acabam permeando, embora não em todos, a maioria dos votos. A desvalorização do argumento na formação do resultado é um problema sério que traz consigo um efeito colateral, também detectado no universo de análise observado: a falta de contra-argumentação e de repreensão de argumento contrário. Não envolver com outras opiniões redunda em solilóquio epistêmico, o que desnatura por completo a natureza e razão de ser de um corpo colegiado e, no limite, das Cortes Supremas. Há, portanto, um problema profundo na consolidação de precedentes constitucionais, capazes de interligarem-se uns aos outros por um padrão de decisão coerente e íntegro ao longo do tempo.[402]

Quando se decide através do modelo quantitativo, individualmente, é mais difícil perceber a importância e o peso do argumento alheio, pois, desvalorizado, ele acaba sendo negligenciado como se não produzisse nenhum impacto sobre o resultado final e não contribuísse na formação do precedente.[403] Parafraseando Hirschman, a maneira mais eficaz

---

[400] "A closer empirical inspection could reveal to what extent the Brazilian non-dialogical *seriatim* impedes the search of a *holding* or *ratio decidendi*" (MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 147).

[401] MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 135.

[402] "A court with a prevalent aggregative character and low degree of collegiality has deep trouble in consolidating consequential precedents. That pattern might work as a fitting strategy for, consciously or not, keeping itself free from stricter standards of accountability. Legal scholarship has not been an effective account-holder. It does not even recognise itself as in charge of such a political role" (MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 148).

[403] "[...] Porém, se um juízo plural também depende de diretiva interpretativa e valores, e esses obviamente podem variar conforme o membro do colegiado, simplesmente não há como ter um raciocínio pré-decisório coerente e racional sem explicitar, discutir e definir a diretiva interpretativa e os valores que o permeiam. A não ser assim, cada juiz poderá ter um raciocínio, ainda que suas conclusões sejam iguais. Isso quer dizer que os valores e diretivas interpretativas não têm importância quando se pensa apenas na conclusão dos votos. Sem dúvida, a importância da discussão e da delimitação dos valores e diretivas assume relevância quando se torna

de evitar a ação coletiva figurativa seria fazer com que os indivíduos mudassem o sistema de valores sob os quais operam: poderiam aprender a valorizar tanto emitir opiniões como se manter aberto às outras visões de mundo, misturar a satisfação de vencer um argumento com o prazer de ser um bom ouvinte.[404]

A proclamação da decisão reclama igualmente transformação. Não basta que a Corte Suprema apenas declare o resultado do julgamento. Mais do que isso, ela precisa estar atenta à proclamação da *ratio decidendi* e à formação do precedente. Por isso, é insuficiente a simples votação e consolidação do placar final. É de rigor que haja um momento justificatório específico para que os membros do colegiado pensem, conjuntamente, na melhor maneira de se dar concretude à decisão a fim de que gere um precedente sólido. A redação da justificação com ela não se confunde, e não se pode pensar que a mera colagem em série de votos individuais satisfaz essa necessidade – para a consolidação de um sistema de precedentes minimamente sério, uma verdadeira justificativa do raciocínio colegiado, capaz de espelhar tanto o que ocorreu durante o julgamento como o argumento determinante da decisão, sem olvidar de eventual divergência, tem de ser perseguida.

Quanto à redação da justificação, devemos também discutir sua adequação. A forma de redação da ementa, importante elemento informativo, como foi visto, tem trazido consigo uma carga alta de argumentos de quem a redigiu, ignorando aspectos importantes levantados pelos demais.[405] A medida a ser tomada nesse tocante já fora apontada – parece razoável reclamar uma discussão plena e adequada dos valores em que a decisão se funda, feita de forma conjunta, e não – mais uma vez – individualmente, em gabinete, como prevê a regra regimental. Só assim será possível identificar o valor efetivamente compartilhado pelo colegiado ou pela maioria, possibilitando a redação precisa da ementa e do acórdão e,

---

imprescindível compreender a *ratio decidendi* ou as razões determinantes da decisão" (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. p. 904).

[404] "The most straightforward way of avoiding this overproduction would be for individuals to change the value systemunder which they operate: might they learn to value both having opinions and keeping an open mind, to mix the delights of winning an argument with the pleasures of being good listeners?" (HIRSCHMAN, Albert. Having opinions – one of the elements of well-being? *American Economic Review*, v. 79, n. 2, 1989. pp. 75-79).

[405] "Isso porque chega a ser comum, nos colegiados, proclamar decisões destoantes do raciocínio decisório. O verdadeiro problema é o de que, enquanto no 'juízo singular' o raciocínio decisório, a decisão e a justificativa estão enfeixadas nas mãos de uma só pessoa, no julgamento colegiado o Ministro que o preside nem sempre tem presente com exatidão a expressão da vontade dos seus membros e a exata extensão da discussão em relação aos pontos relevantes à proclamação do resultado, cuja clareza, inclusive, pode se perder no curso dos debates" (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. p. 912).

consequentemente, a formação do precedente.[406] Apenas através do exato dimensionamento do que se discutiu durante o processo decisório é que será possível proclamar a decisão e permitir a extração da *ratio decidendi*.[407]

A esta altura, parece estar claro que o direito modelado pelas Cortes Supremas pressupõe estabilidade. O atual modelo de julgamento, regido por uma lógica adversarial e agregativa, possui aspectos formais e materiais que precisam ser discutidos e revistos a fim de que as decisões colegiadas originem precedentes capazes de garantir a igualdade e a segurança jurídica. Embora a importância dos precedentes no contexto brasileiro seja autoevidente, nunca é demais reforçar sua identidade como princípio básico de um sistema de justiça minimamente sério – ou, como colocaram Cross e Harris, um princípio elementar que permite que casos iguais sejam tratados de forma semelhante.[408] Está evidenciado que a autoridade e a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça enquanto Cortes Supremas estão diretamente relacionadas à maneira como as próprias Corte se comportam na sua formação durante o processo decisório. Assim, para realizar a função contemporânea que lhes foi atribuída pelo Estado Democrático de Direito, conceber as Cortes Supremas como instituições deliberativas pode ser uma boa ideia-guia.

---

[406] Uma decisão de Corte Suprema, para poder operar num sistema de precedentes, deve efetivamente discutir os valores inerentes a todas as opções tomadas no curso do raciocínio decisório, sob pena de não se poder afirmar que uma dessas opções, indispensável para se chegar na decisão, tem legitimidade para sustentá-la. A deliberação colegiada acerca das opções tomadas no curso do raciocínio colegiado é importante não apenas para que a justificativa seja possível, mas antes de tudo para que a decisão seja fruto de um raciocínio colegiado racional e representativo do efetivo diálogo entre os seus membros (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, c. pp. 909-910).

[407] "A *ratio decidendi*, embora derivada da justificativa, requer condições que a tornam peculiar. Uma justificativa apenas gera *ratio decidendi* nos julgados das Cortes Supremas e, nesses casos, quando realmente consiste no fundamento determinante da decisão, prestigiado pela unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado" (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 919-920).

[408] "[I]t is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike" (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. – 4. ed. – Oxford: Oxford University Press, 2004 [1991]. p. 3).

Conclusão

A experiência com os regimes ditatoriais e as violações a direitos humanos pelo autoritarismo fizeram com que no segundo pós-guerra a democracia se estabelecesse de vez como o único regime político aceitável em praticamente todo o mundo. Contudo, apenas o estabelecimento de um padrão democrático mínimo – com requisitos básicos como o sufrágio universal, eleições livres e periódicas, existência de mais de um partido político sério e fontes alternativas de informação – não foi suficiente para solucionar os desafios sociais e econômicos dos sistemas políticos democráticos mais recentes. A democracia, então, avançou para envolver um conjunto de objetivos e metas a serem maximizados, a partir do que passou a se falar em desempenho ou performance democrática – não mais interessava saber se um regime político *era* ou *não* democrático, mas sim *quanto* ou *em que medida* ele se aproximava desse ideal.

Na busca de métodos capazes de tornar a tomada de decisão política mais legítima, teóricos encontraram na deliberação uma variável dominante. Em detrimento da barganha e da votação pela regra da maioria ou arranjo agregativo puro, a deliberação democrática se apresentou como um modelo mais vantajoso: além de conferir legitimidade, informa, conduz a uma reflexão crítica, faz pensar a partir da visão dos demais cidadãos, impõe limites, atenua a racionalidade limitada, mitiga o egoísmo e melhora as qualidades morais ou intelectuais dos participantes. Comparada às demais dimensões qualitativas de avaliação, o modelo decisório deliberativo acabou se consolidando como fator de legitimidade do processo de tomada de decisão em instituições democráticas.

Enquanto critério reconhecido, a deliberação proporcionou o surgimento de uma medida de interação intrainstitucional – o desempenho deliberativo. Aplicada à tomada de decisão judicial, a juízes e cortes é reconhecida uma qualidade deliberativa distintiva que torna o Judiciário o *locus* por excelência da razão pública, habilitado a representar o povo por sua habilidade de apresentar no fórum público argumentos baseados em princípios com

fundamentação racional. Associada à ideia de desempenho, a legitimidade de juízes e cortes para revisar legislação aprovada por representantes do povo deixa de ser uma questão de tipo para se tornar uma questão de grau – agentes públicos não eleitos têm tanta legitimidade democrática para exercer o papel contramajoritário quanto obtenham bom desempenho deliberativo. Críticos objetam que o desempenho deliberativo de juízes e cortes tende a ser baixo e, especialmente no Brasil, o processo decisório no órgão de cúpula seria individualista e marcado pela característica agregativa, prejudicando a formação de precedentes e, consequentemente, de uma jurisprudência constitucional perene e não-afogadilha.

A dissertação criou um modelo analítico para medir o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal (STF) e o chamou Escala de Deliberatividade Intrainstitucional (EDI). A aplicação da EDI à prática decisória do STF evidenciou que, para o caso brasileiro, não é possível afirmar que o modelo de julgamento colegiado da Corte é totalmente anti-deliberativo, mas tampouco se trata de um modelo deliberativo adequado. Com base nos dados colhidos, foi verificado, de fato, um certo grau de interação deliberativa entre os membros do colegiado, mas a constatação do resultado final não decorre de uma persuasão mútua eficaz, e sim da mera agregação das preferências de seus membros individualmente considerados em decisões denominadas plurais, isto é, que têm os fins em comum mas não os meios; que compartilham a parte dispositiva, mas não os fundamentos que lhe dão arrimo.

Isso levou a dissertação a reconhecer o caráter *sui generis* do modelo decisório do STF e classificá-lo segundo o que denominou ação coletiva *figurativa* – quando, apesar de existir um momento de aparente de deliberação entre os membros, aquilo que faz o colegiado apresenta um produto, amplo ou restrito, de algo que os membros individuais fazem sozinhos, ou seja, daquilo que fazem sem pensar que estão agindo *enquanto grupo*.

Dessa maneira, o argumento final do trabalho pode ser formulado do modo seguinte: quanto menor o desempenho deliberativo de uma corte, pior, sob essa perspectiva, a qualidade de suas decisões e, consequentemente, a legitimidade democrática que autoriza seu papel contramajoritário. No caso brasileiro, a ação coletiva *figurativa*, além de erodir a legitimidade, faz com que a Corte produza decisões pessoalizadas, cujas razões de decidir, obtusas, que não podem ser atribuídas à instituição, acentuam a formação deficitária de precedentes sem *rationes decidendi* claramente identificáveis. Tudo isso prejudica a autoridade da Corte, o respeito ao direito e a própria construção de uma jurisprudência constitucional íntegra, estável e coerente, alimentando um ciclo aspiral descendente de mais individualismo e desgaste institucional.

A lógica de julgamento do Supremo, hoje, não se coaduna com a sua função – as Cortes Supremas devem outorgar sentido ao direito e desenvolvê-lo por meio de precedentes, proporcionando estabilidade e segurança jurídica ao ordenamento e à sociedade. O que o Estado Democrático de Direito exige não só do Supremo Tribunal Federal mas também do Superior Tribunal de Justiça enquanto Cortes Supremas é a postura que está explícita no título desta dissertação: que sejam, de fato e não só em tese, *instituições deliberativas*.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005. pp. 572-581.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. – 2. ed. – Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2014.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. – 2. ed. – Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário & Política no Brasil*. São Paulo: IDESP, Editora Sumaré: FAPESP, Educ, 1997.

ARENDT, Hannah. *Beetwen past and future*: six exercises in political thought. New York: The Vikin Press, 1961.

AVELINO, Pedro Buck. *Fidelidade, álibi ou traição*: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF. 288f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBER, Benjamin. *Strong democracy*. Berkeley: University of California Press, 1984.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, 2006. pp. 1109-1180.

BEETHAM, David. Towards a universal framework for democracy assessment. *Democratization*, v. 11, n. 2, 2004.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: _____ (Ed.). Democracy and difference: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. pp. 67-94.

_____. *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BESSON, Samantha. *The morality of conflict:* reasonable disagreement and the law. Oxford: Hart Publishing, 2005.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRADNEY, Anthony. Law as a parasitic discipline. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 1, mar. 1998. pp. 71-84.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. 265p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, Pleno, Brasília, DF, 26 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Pleno, Brasília, DF, 11 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, Pleno, Brasília, DF, 28 de maio de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.543, Pleno, Brasília, DF, 6 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815, Pleno, Brasília, DF, 10 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, Pleno, Brasília, DF, 12 de agosto de 2015; 2 de junho de 2016 e 6 de outubro de 2016.

BRUN, Diego Abente. Evaluating political clientelism. In: _____; DIAMOND, Larry (Eds.). *Clientelism, social policy and the quality of democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2014.

_____; DIAMOND, Larry (Eds.). *Clientelism, social policy and the quality of democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2014.

BRUSIS, Martin; THIERY, Peter. Defects of democracy and options for institutional reform. *Strategic Insights*, v. 6, n. 12, dez. 2005.

CAMUS, Albert. *L'Étranger*. Paris: Éditions Gallimard, 1942. Tradução Valerie Rumjanek. *O estrangeiro*. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. reimp. 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Um ensaio sobre o liberalismo político de Rawls. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010. pp. 81-96

CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation. BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 243-278.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 67-92.

_____. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. pp. 95-119.

_____. Democracy and liberty. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

_____. *Polyarchy*: participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

DEWEY, John. *The public and its problems*: an essay in political theory. Chicago: Gateway Books, 1946.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, 2004. pp. 20-31.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

_____. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995. pp. 2-11.

_____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *Equality, democracy, and constitution*: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. XXVIII, n. 2, 1990, pp. 324-346.

_____. Is there a right to pornography? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2, 1981. pp. 177-212.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 [1978].

_____. The partnership conception of democracy. *California Law Review*, v. 86, n. 3, 1998. pp. 453-458.

EDWARDS, Harry. The effects of collegiality on judicial decision-making. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 5, 2003. pp. 1639-1690.

EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Review*, v. 45, 1995. pp. 364-396.

_____. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 1-18.

_____. The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002. pp. 1-133.

ESKRIDGE, William N., Jr. Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions. *Yale Law Journal*, n. 101, 1991. pp. 331-445.

_____. Reneging on History? Playing the Court/Congress/President civil rights game. *California Law Review*, n. 79, n. 3, 1991. pp. 613 -684.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States* [1928]. Edited by Steve Sheppard – 4th ed. – Oxford: Oxford University Press, 2010.

FEARON, James. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002. pp. 41-68.

_____; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, 2003. pp. 1671-1704.

_____; _____. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002. pp. 21-36.

_____; _____. The rational choice theory in the political science: concepts of rationality on political theories. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2001, vol. 16, n. 45, pp. 5-24.

FERREIRA, Pedro Fernando Almeida Nery; MUELLER, Bernardo. How judges thinks in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions. *EconomiA*, v. 15, pp. 275-293, 2014.

FISHKIN, James. *Democracy and deliberation*. New Haven: Yale University Press, 1991.

FLORES, Imer B.; HIMMA, Kenneth Einar. *Law, liberty, and the rule of law*. New York: Springer, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*. Tübigen, *Deutschland*: J. C. B. Mohr, 1986. Tradução de Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. – 3.ª edição – Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GAMBETTA, Diego. "Claro!": an essay on discursive machismo. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio preliminar. La filosofia del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GEORGE, Alexander L.; BENNETT, Andrew. *Case studies and theory development in the social sciences*. Cambridge: MIT Press, 2005.

GIL, Antonio Carlos. *Estudo de caso*: fundamentação científica, subsídios para coleta e análise de dados e como redigir o relatório. – São Paulo: Atlas, 2009.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on writing separately. *Washington Law Review*, v. 65, 1990. pp. 133-150.

_____. Speaking in a judicial voice. *New York University Law Review*, v. 67, 1992. pp. 1185-1209.

_____. The role of dissenting opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, 2010. pp. 1-8.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 266f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth; WHEATLEY, Steven C. *Constitutionalism and democracy*: transitions in the contemporary world. New York: Oxford University Press, 1993.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjucation and democracy. *Israel Law Review*, v. 33, n. 2, 1999. pp. 193-215.

_____. *Constitutionalism*: past, presente, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade: vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro R. Carrió. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HEISE, Michael. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision-Making and The New Empiricism. *University of Illinois Law Review*, 2002. pp. 819-850.

HEPPLE, Bob. The renewal of the liberal law degree. *Cambridge Law Journa*l, n. 55, v. 3, nov. 1996. pp. 470-487.

HIRSCHMAN, Albert. Having opinions – one of the elements of well-being? *American Economic Review*, v. 79, n. 2, 1989. pp. 75-79.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. – 27. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2014

HORTA, Ricardo de Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 2, jul. 2014. pp. 162-183.

HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, 2000. pp. 261-287.

HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave*: democratization in the late twentieth century. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

JOHNSON, Nevil. Constitutionalism in Europe since 1945: reconstruction and reappraisal. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth; WHEATLEY, Steven C. *Constitutionalism and democracy*: transitions in the contemporary world. New York: Oxford University Press, 1993. pp. 26-45.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, jan. 2014, pp. 89-104.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, 1982. pp. 53-89.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. *Aggregation and deliberation*: on the possibility of democratic legitimacy. Political Theory, v. 22, n. 2, 1994. pp. 277-296.

_____. Constitutionalism and deliberative democracy. In: MACEDO, Stephen. *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 159-169.

KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. *Deliberative democracy and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1999.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993. pp. 1-59.

KRAMER, Larry D. *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRITZER, Herbert M. Empirical Legal Studies before 1940: a bibliographic essay. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, n. 4, 2009. pp. 925-968.

_____. The (nearly) forgotten early empirical legal research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 875-900.

LASSER, Mitchel de S. -O. -L'E. *Judicial deliberations*: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAWLESS, Robert; MURRAY, Dylan Lager. An empirical analysis of bankruptcy certiorari. *Missouri Law Review*, v. 62, n. 1, 1997. pp. 101-134.

LEONARD, Gerald. *The invention of party politics*: federalism, popular sovereignty, and constitutional development in Jacksonian Illinois. Chapel Hill: The Univeristy of North Carolina Press, 2002.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents*. Farnham: Ashgate Publishing, 1997.

MACEDO, Stephen. *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MANIN, Bernard. On legitimacy and political deliberation. *Political Theory*, v. 15, n. 3, 1987. pp. 338-368.

MANSBRIDGE, Jane. *Beyond adversary democracy*. New York: Basic Books, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. – 2.ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2017. pp. 357-394.

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a.

_____. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – um sério problema no direito estadunidense. *Revista de Processo Comparado*, v. 5, 2017. pp. 83-106.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

_____. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, ano 2, v. 5. 2016c. pp. 873-920.

_____. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do* civil law. Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo. Conferência organizada pela Càtedra de Cultura Jurídica de La Universitat de Girona. jan. 2015b, Girona, Espanha.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 337-361.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Not the last word, but dialogue. *Legisprudence*, v. 3, n. 2, 2009. pp. 191-246.

_____. Political deliberation and constitutional review. In: FLORES, Imer B.; HIMMA, Kenneth Einar. *Law, liberty, and the rule of law*. New York: Springer, 2013. pp. 121-134.

_____. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulo (Eds.). *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 115-153.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 145-172.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, 2012. pp. 61-78.

MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. *The Modern Law Review*, v. 20, 1957. pp. 124-130.

MOUFFE, Chantal. *Deliberative democracy or agonistic pluralism*. Vienna: Institute for Advanced Studies, 2000a.

_____. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000b.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIELSEN, Laura Beth. The need for multi-method approaches in empirical legal research. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 951-974.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NYGAARD, Richard Lowell. The maligned per curiam: a fresh look at an old colleague. *The Scribes Journal of Legal Writing*, v. 5, w. 41, 1994-1995. pp. 41-50.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Variaties of New Legal Realism: can a new world order prompt a new legal theory? *Cornell Law Review*, v. 95, 2009. pp. 61-138.

NOVAK, Linda. The precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, 1980. pp. 756-781.

OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich. Democratic institutions and moral resources. In: HELD, David (Ed.). *Political theory today*. Stanford: Stanford University Press, 1991. pp. 143-171.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Justiça, profissionalismo e política*: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2011.

_____. *STF*: do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

_____. (Org.). *Justiça em foco*: estudos empíricos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012a.

_____. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, n. 44, pp. 139-153, nov. 2012b.

OST, François. The doctoral thesis in Law: from the project to the defense. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira e Daiane de Moura Aguiar. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, maio/ago. 2015. pp. 98-116.

O'DONNELL, Guillermo A.; SCHMITTER, Philippe C. *Transitions from authoritarian rule*: tentative conclusions about uncertain democracies. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique:* nouvelle rhetórique. – Paris: Éditions Dalloz, 1979. Tradução Vergínia K. Pupi. *Lógica jurídica*: nova retórica. – 2.ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da AJURIS*. v. 104, Porto Alegre: AJURIS, 2006. pp. 19-33.

_____; CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos. Os precedentes vinculantes nas tradições da civil law e da common law. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul.-dez. 2016. pp. 43-65 2017.

PINTO, Manuel da Costa. O estrangeiro, tragédia solar. In: CAMUS, Albert. *L'Étranger*. Paris: Éditions Gallimard, 1942. Tradução Valerie Rumjanek. *O estrangeiro*. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: BestBolso, 2015. pp. 5-9

POSNER, Richard. Review of Jeremy Waldron, Law and disagreement. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000. pp. 582-592.

PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 97-122.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993 [1996].

_____. The idea of public reason. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy*: essays on reason and politics. Cambridge: The MIT Press, 1997. pp. 131-144.

_____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-807.

_____. *The law of peoples*: with the idea of public reason revisited. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REVESZ, Richard L. *Environmental regulation, ideology, and the D. C. Circuit*. Virginia Law Review, v. 83, n. 8, nov. 1997. pp. 1717-1772.

RIKER, William. *Liberalism against populism*. San Francisco: Freeman, 1982.

SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional Justice, East and West*: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Hague: Kluwer Law International, 2002.

SARTORI, Giovanni. *The theory of democracy revisited*. Chatham, N. J: Chatham House Publishers, 1987.

SCHROEDER, Christopher H. Deliberative democracy's attempt to turn politics into law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002. pp. 95-132.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper, 1942.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. – 20.ª ed. – Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. pp. 557-584.

_____. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v 9, n. 2, 2017. pp. 209-240.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250. 2009. pp. 197-227.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, jun. 1989. pp. 557-565.

SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation? *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, 2002. pp. 196-211.

_____. *The state of democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

SIMON, Herbert. *Models of bounded rationality*. 2 vols. Cambridge: The MIT Press, 1983.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2017. pp. 236-273.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. The U. S. Supreme Court judicial database: providing new insights into the Court. *Judicature*, v. 83, n. 5, 2000. pp. 228-235.

STEINER, Jürg. Concept stretching: the case of deliberation. *European Political Science*, v. 7, 2008. pp. 186-190.

STOKES, Susan C. Pathologies of deliberation. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SUCHMAN, Mark; MERTZ, Elizabeth. Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, 2010. pp. 555-579.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents*. Farnham: Ashgate Publishing, 1997. pp. 383-384.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003. pp. 885-951.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do controle concentrado. Brasília, DF: STF, 2018.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Töbjorn (Eds.). *The global expansion of judicial review*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. *Judging policy*: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press.

TORMIN, Mateus Matos. *Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal*: o esboço de um modelo de análise. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2013.

TRIBE, Laurence. Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 108, n. 6, 1995. pp. 1221-1303.

TSEBELLIS, George. *Veto players*: how political institutions work. Princeton: Princeton University Press, 2002.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*: o processo judicial no pós-1988. 264 f. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa Cardoso. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, n. 5, v. 1, 2009. pp. 21-44.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993. pp. 18-51.

_____. Deliberation, disagreement, and voting. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. *Deliberative democracy and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1999a. pp. 210-226.

_____. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. Disagreement on justice and rights. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 1, 2002. pp. 5-10.

_____. Judicial review and the conditions of democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, 1998. pp. 335-355.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999b.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. pp. 1346-1406.

WALUCHOW, Wil. *A common law theory of judicial review*: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. Constitutions as living trees: an idiot defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. XVIII, n. 2, 2005. pp. 207-247.

WALZER, Michael. Deliberation, and what else? In: MACEDO, Stephen (Ed.). *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 58-69.

WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada [and elsewhere]. *Australian Journal of Human Rights*, v. 9, n. 1. 2003. pp. 135-182.

WEBER, Max. Politics as a vocation [1919]. In: GERTH, H; MILLS, C. Wright. *From Max Weber*. New York: Free Press, 1946.

WEBLEY, Lisa. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 926-950.

_____; MOORHEAD, Richard; SHERR, Avrom; ROGERS, Sarah; SHERR, Lorraine; PATTERSON Alan; DOMBERGER, Simon. *Quality and cost*: final report on the contracting of Civil, Non-Family Advice and Assistance Pilot. Norwich: The Stationery Office, 2001.

WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Logisch-Philosophische Abhandlung*. Abingdon: Routledge & Kegan Paula Ltd, 1961. Tradução de José Arthur Giannotti. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

_____. *Philosophische Untersuchungen*. Oxford: Basil Backwell Publisher Ltd, [s. d.]. Tradução de José Carlos Bruni. *Investigações filosóficas*. – 5.ª ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Suffolk University Law Review*, v. 56, n. 3, 1999, pp. 787-810.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas teóricas sobre a pesquisa empírica em direito. *FGV SP Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 122, São Paulo, jun. 2015.

YIN, Robert K. *Case Study Research Design and Methods*. – 2nd. edition. – Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1994.